RAGIONI

PER

Rosa Cantalupo

CONTRO

Lucido Cantalupo,

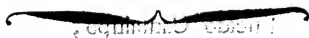
E CONTRO

De' terzi Possessori

COMMESSARIO

L' Integerrimo Signor D. Vincenzo Sanseverino Giudice della G. C. della Vicaria.

Da proporsi per M. C.

Presso del Mastrodatti D. Nicola Gisolfi.

Nihil enim est opertum, quod non revelabitur, & occultum, quod non scietur. Matth. cap. 10. v. 26.
Venit in lucem veritas etiam non quæsita. Philosoph. Menander.

INdubitata cosa essendo, che quanto più grande sia la forza del giusto, e del vero, tanto maggior contrasto ella riceva, al dir del Giureconsulto Giuliano (1), lo soffre, e pruova la povera Rosa Cantalupo di Castelluccia in Principato Citra, si lusingava, che la di lei causa contro Lucido Cantalupo suo fratello consanguineo; si fosse decisa senza che si sia brigato l'Avvocato del Lucido in dare in stampa una ben voluminosa allegazione di pagine 28. Ma giacchè con essa ha cercato di sparger polvere sugli occhi degli meno accorti, per la poca ragione, che gli assiste, è convenuto per punto di onore al Difensore della Rosa rispondere, e dimostrare li grandi abbagli presi sì di fatto, che di dritto per tale causa.

Dalla pag. 3. fino alla 9. ha cercato il Difensore del Lucido rapportare il fatto alla G. C. che concorre nella causa; ma ha quello esposto nella più dimezzata maniera, che mai, avendone fatto l'analisi, e la istoria, principiando dal primo Testamento, che Giovanni Cantalupo fece a 17. Marzo 1771.

A 2 Ed

(1) *L. ea est natura cavillationis 65. ff. de reg. jur.*

Ed ave taciuto tutto quello, che era accaduto per l'innanzi, per arte dello stesso Lucido, giacchè dagli antecedenti, daj conseguenti, e da' concomitanti fatti, ricava la Rosa gli più forti argomenti di sua difesa, per la nullità del primo Testamento benanche; onde resta risoluto l'articolo a favore della Rosa, non solo poichè deciso dalla *L. Clodius Clodianus* 97. *ff. de acquir., vel omitt. hæredit.*, ma perchè nullo *de jure* detto primo Testamento, non può il Lucido in forza di quello adire l'eredità del ridetto Giovanni.

Or il fatto taciuto dal Difensore del Lucido è questo:
„ Gerardo Cantalupo di Castelluccia ebbe due mogli, Ro-
„ sa Mercadante la prima, colla quale procreò due figli
„ maschi Lucido, ed Andrea; Angiola Giancano fu la
„ seconda, e vi abbe un maschio chiamato Giovanni, ed
„ una femina appellata Rosa. Il suddetto Gerardo col
„ suo ultimo elogio, o sia Testamento, col quale si mo-
„ rì a' 12. Luglio 1769., istituì ugualmente eredi li tre
„ suoi figli maschi, col peso di dotare la di lor sorella
„ Rosa (1).

Quindi in un capitolo particolare del suddetto Testamento
„ dichiarò così: *Che come aveva consunti docati duecento*
„ *dotali della sua seconda moglie, perciò assegnava al suo*
„ *figlio Giovanni quattro stanze di case, tre ad emprici,*
„ *ed una sott' astraco, un altra casa di tre stanze, ed un*
„ *territorio olivato* (2). Indi come il Giovanni si ritro-
„ vava in età minore, lasciò per Tutore, *e pro tempore*
„ Curatore del medesimo, un tale Domenico di Lucia, e
„ così conchiuse il suo testamento il suddetto Gerar-
„ do (3).

Passato al Mondo di là il Gerardo con tale ultima disposizione, il Lucido qual fratel maggiore trovandosi nel possesso della di lui eredità, pensò sulle prime di dissi-

(1) *Fol.* 3. *ad* 7., & *fol.* 97. *ad* 99.
(2) *Fol.* 5. *a t.*, & *fol.* 98. *a t.*
(3) *Cit. fol.* 3., & 97.

dissipare tutta la roba del minore Giovanni, sicchè nel 1770. dando ad intendere, che vi eran debiti del comun padre Gerardo, senzacchè vi fossero realmente, e senza alcuna urgenza di creditori, e senza intesa, o rinuncia del Tutore, o Curatore Testamentario, assumendosi egli un tal carattere, vendè, ed alienò le case dotali del Giovanni ad un tal Giò: Battista Perrotti per ducati *ottanta*, quandocchè il lor valore era di docati 200.

Un tale contratto a suo tempo si dimostrarà *de Jure* nullo per difetto di tutte le solennità richieste sì dalle leggi comuni (1) che dalle leggi del Regno (2).

Così proseguì il Lucido a distrarre qualche altro corpo dotale, ed ereditario dello stesso Giovanni. Fin quì ha mancato il Difensore del Lucido; ora prosegue, ma non colla dovuta accuratezza, perchè dice:

Che Giovanni Cantalupo, avendo oltrapassati gli anni della pubertà, fece il suo nuncupativo Testamento a 17. Marzo 1771., istituendo suoi eredi universali, e particolari *Lucido*, ed *Andrea* Cantalupo suoi fratelli consanguinei (3). Dipoi a 21. Marzo del 1774. con un secondo nuncupativo Testamento istituì erede il solo Lucido, uno degli eredi istituiti nel primo (4); ch' essendo il Giovanni Testatore con tale disposizione passato al Mondo di là a 28. detto mese, ed anno (5) *il suddetto Lucido ottenne il possesso de' beni ereditarj del Defunto*. Queste parole, come sono del Difensore del Lucido son necessarie ad annotarsi, siccome benanche le seguenri, che sono: *Ed indi a Gennajo dell' anno*

A 3 1780.

(1) *Sub tit. Cod. de rebus minor. sine decreto non alienandis*.

(2) *Afflitt. dec.* 249.

(3) *Fol.* 155. *ad* 156.

(4) *Fol.* 46. *ad* 48.

(5) *Fol.* 1.

1786. con *stromento rogato per Notar Vincenzo Miele di detta Terra, vendè all' Arciprete D. Mariano Durazzo un giardino ereditario di esso Giovanni nel luogo volgarmente detto a Portacolanna per prezzo di docati* 25. (1). Questi due fatti confessati dal Difensore di Lucido sì nella sua allegazione pag. 3., che in un sua istanza (2) giovan quindi molto alla Rosa, perchè il Lucido adì *ex secundo Testamento*, e dopo adito *gessit pro herede*, poichè vendè il giardino ereditario del Giovanni; *Cum nulla sit major probatio, quam proprii oris confessio* (3). Ed Ovidio:

Nulla est confessi caussa tuenda reo.

Prosegue il Difensore di Lucido in narrare il fatto, e dire, che dal 1774. il Lucido, sino à Settembre 1792., vale a dire *pel decorso di anni* 18. *godette il pacifico possesso della detta eredità*. In Settembre poi del 1792. avendo Rosa Cantalupo sorella germana del Giovanni, istituito giudizio nella Corte Locale di Castelluccia, di nullità del secondo Testamento per difetto de' solenni dalla Legge richiesti (4).

Queste parole del Difensore di Lucido confessando essersi introdotto il giudizio per l' annullazione *del secondo Testamento*, l' aver posseduta l' eredità del Giovanni per anni 17. carte 4. allegazione, gli fa serrare la bocca nel spargere pe' rdi Sig. Giudicanti, come ha fatto, e devon decidere la causa, che il Lucido non si sà, se adì col primo, o col secondo testamento.

Segue il Difensore di Lucido in dire, come essendosi compromessa la causa a due Arbitri, ed impartitosi termine ordinario, provò la Rosa chiaramente, che nell' atto, che seguì la stipula del secondo Testamento non vi fu, che il solo Notajo, chiuso col Testatore den-

---

(1) *Fol.* 242.
(2) *Fol.* 247.
(3) *L.* 1. *Cod. de Confessis*.
(4) *Fol.* 10.

dentro una stanza, sanza l' intervento de' Testimonj, e Giudice a contratti (1).

Su tali pruove gli Arbitri, che furon il Vicario Generale di Capaccio D. Matteo Canonico Mariosa, ora Vicario Generale di Conza, e 'l Governadore della Città di Sala a 8. Luglio 1793. profferirono il loro Laudo, siccome siegue: *Laudamus, arbitramur, & definitive declaramus, testamentum confectum per Johannem Cantalupo fratrem consanguineum esse nullum; nam ex actis constat, septem Testes a jure præscriptos dicto Testamento minime interfuisse, ac proinde hæreditatem dicti Johannis Cantalupo esse deferendam, prout præsenti Laudo defertur Rosæ Cantalupo dicti Johannis Sororis germanæ, & ejusdem proximiori in gradu oppositis, & prætensis per dictum Lucidum minime obstantibus* (2).

Molte cose dedusse in grado di gravame nella G. C. della Vicaria Lucido Cantalupo avverso del mentovato Laudo, ma come Agricoltore, ed ignorante, non ebbe mai scienza del primo Testamento, dice il Contradittore:

Degne sono codeste espressioni del Difensore del Lucido, che *l' agricoltura*, e *l' ignoranza* gli fu di ostacolo a sapere il primo Testamento, e quando poi lo seppe, si spogliò di entrambe queste due qualità. A suo luogo il Difensore di Rosa dimostrarà la scienza, ch' ebbe il Lucido di detto primo Testamento, attestandolo lo stesso Notaro stipulatore (3).

Prosiegue il Difensore di Lucido in dire, che a ragione a 26. Novembre 1793. la stessa G. C. profferì il seguente decreto: *Laudum prædictum executioni demandetur; verum sint salva jura, si quæ competunt Lucido Cantalupo in gradu legitimi gravaminis* (4).

 Un

(1) *Test. super 6. art. fol. 29. a t.*
(2) *Fol.* 57.
(3) *Fol.*
(4) *Fol.* 71.

Un tal decreto partorì tutto il suo effetto verso Rosa Cantalupo, avendo questa ottenuto il possesso de' beni ereditarj del defunto Giovanni; ma siccome trovò massima parte di essi occupati, poichè passati in mano de' terzi Possessori per titolo di compra, così istituì presso gli atti un nuovo giudizio di rivindica tanto contro di Lucido Cantalupo, per aver malamente venduta parte della roba ereditaria di Giovanni, quanto contro de' terzi Possessori della medesima, e specialmente contro Giovanbattista Perrotta compratore di una casa, e contro D. Mariano Durazzo compratore del testè citato giardino. Propostasi tal nuova dimanda in essa G. C., la medesima a 26. Aprile 1794. profferì il seguente altro decreto: *Quod super noviter deductis tam contra Lucidum Cantalupo, quam contra Johannem Baptistam Perrotta, & D. Gregorium Durazzo in ejus comparitione fol. 87., in biduo audiantur partes; & interim idem Perrotta, & Durazzo non alienent bona in actis deducta, & se obligent respectu fructuum, donec aliter viso exitu termini praedicti fuerit provisum* (1).

Fin quì il Difensore di Lucido: Dovrebbe seguire ora il racconto del fatto della causa; ma estemporaneamente intraprende quel che per ora non confà all'intento, ed è, dic'egli a carte 6., *che avendo Rosa Cantalupo considerato l'ostacolo, che poteva fargli il primo Testamento di Giovanni suo germano fratello; stimò con istromento del dì 1. Febbrajo 1794. farsi cedere da Niccola, ed Antonio Cantalupo figli di Andrea le ragioni, che loro si appartencano in forza del detto primo Testamento de' 17. Marzo 1771., con pagarli ducati 25., che non se li son poi pagati, e la cessione fu concepita, che Rosa si avesse potuto spedire il preambolo, e spettanza, con farselo confermare, ottenere il possesso de' beni, e fare tutto quanto avrebbe l'Andrea lor padre potuto fare, o in tutto, o in parte per l'eredità del Giovanni* (2).

Pro-

(1) *Fol.* 141.
(2) *Fol.* 264. *ad* 255.

Prosegue, che dopo la compilazione di quel termine ebbe il Lucido notizia del primo Teſtamento di Giovanni suo fratello consanguineo de' 17. Marzo 1771., col quale unitamente col suo fratello Andrea era ſtato iſtituito Erede; e quindi con sua iſtanza dedusse, che per rivocarsi quel primo Teſtamento, ve ne bisognava un secondo fatto con tutte le solennità legali; e giacchè queſto secondo Teſtamento ſtipulato a 21 Marzo 1774. era ſtato dichiarato nullo per la mancanza de' solenni; non si potea dir rivocato il primo, che non veniva accagionato di veruno acciacco; conchiuse finalmente, che senza tenersi conto del *Laudo* profferito dagli Arbitri, col quale stante la nullità del secondo Teſtamento, si era deferita in beneficio di Rosa Cantalupo l'intestata eredità del defunto Giovanni di lei germano fratello, si dovesse *ex integro* deferire in favore degli eredi scritti l'eredità suddetta in forza dell'accennato primo Teſtamento del dì 17. Marzo 1771.

Or quelchè dovea il Difensore di Lucido a tal fatto premettere si è, che avendo Rosa Cantalupo compilato il termine contro de' terzi Possessori (difesi dallo stesso, che difende il Lucido, ch'è il bello, ed il buono d'ogni piu altra cosa); ed avendo provato concludentemente la Rosa *il dolo malo*, *la mala fede*, e le mancanze de' solenni per le nulle alienazioni fatte dal Lucido istesso de' beni del minore Giovanni, coll'asserto carattere di *Tutore dativo*, quando vi era il *Teſtamentario*, ed essendo a 2. Marzo caduto anno 1796. la G. C. in voto di ordinare il rilascio contro de terzi Possessori, che dovean lodare in Autore il detto Lucido per le alienazioni nullamente fatte, a cui mancarono in allora, propostasi lo causa *per M. C.*, dal Difensore del Lucido, che faceva le difese anche de terzi Possessori, si dedusse non solo che voleva il Lucido adire l'eredità del detto Giovanni *ex primo Teſtamento*, e così (quantunque la G. C. non doveva ascoltarlo, ma decidere la causa contro de medesimi terzi Possessori), e pur ciò non ostante, che si era compila-

to il termine contro D. Gregorio Durazzo, che ingiustamente possedea il giardino, e si era il tutto taciuto in allora, si dedusse ancora, che il compratore era stato il di lui fratello Arciprete D. Mariano Durazzo, e ne esibì l'istromento (1), così a 2. detto per M. C. si ordinò: *Quod super noviter deductis per Lucidum Cantalupo in comparitione fol. 247.,, & per D. Gregorium Durazzo, & Rosam Cantalupo in comparitionibus fol. 240., & 249. quoad successionem qu. Johannis Cantalupo, vigore prioris ejus Testamenti diei 17. Martii 1771., terminus alias ordinarie datus, iterum currat, audito etiam Andrea Cantalupo, cujus termini exitu viso procedatur ad expeditionem judicii reivindicationis intentati per Rosam Cantalupo, contra Johannem Baptistam Perrotta, & D. Gregorium Durazzo, aliosque emptores bonorum haereditariorum Johannis Cantalupo in actis deductorum* (2).

Ripiglia il Difensore del Lucido in dire, che come Rosa Cantalupo credendo potersi giovare del Stromento della Cessione di ragioni fattagli dalli figli dell'Andrea dell'eredità del Giovanni in forza del primo Testamento, stimò presentare presso gli atti copia, ed istanza, dimandandone l'essecuzione, senza mandato di procura de cedenti, e senzacchè quelli niente ne sapessero (3). Onde sarebbe un'attentato punibile, e che poi questa intrapresa della Rosa è stata del tutto smentita dal Procuratore de' cedenti, che riclamano contro del suddetto Stromento di cessione, attaccandolo di *lesione*, dimandando come non fosse fatto, anche perchè non si è adempito al pagamento delli promessi docati venticinque (4).

A questa nuova uscita del Difensore del Lucido, che difende con serena fronte sì li terzi Possessori, che li cedenti Niccola, ed Antonio figli dell'Andrea, e 'l Lucido

(1) *Fol.* 242.
(2) *Fol.* 251.
(3) *Fol.*
(4) *Fol.*

cido istesso, che sarebbe un fatto veramente punibile, facendo *actio, & passio in eodem subjecto*; si risponde, come la Rosa non giammai intese col suddetto Istrumento acquistar dritto, giacchè ben sapea, che di quel primo Testamento la legge non ne tiene conto alcuno; ma istigata da di lei nipoti a toglierli un di lor debito, così condiscese; e volendo ora detti cedenti venire contro del proprio fatto ad *impugnare* tale Stromento, è necessità loro pria di ogni altro impetrare l'assoluzione dal giuramento sì a tenore del dritto de' Canoni (1), che a tenore della Pratica del Foro (2), che non han ottenuta, non meritando altro ascolto le lor doglianze, se non di un termine ordinario, e con ciò han favorito la ragione della Rosa, mentre essi non si devon considerare in nulla per tale causa.

Nè è giammai vero, che la Rosa con tale Stromento cercò acquistar dritto sull'eredità del Giovanni suo fratello a tenore del primo Testamento, *dappoicchè in quello si asserì, che nel caso, che fosse valuto, o non valuto il detto primo* Testamento *si doveva togliere un debito de' sudetti cedenti da essa Rosa; quindi fu fatta piuttosto detta cessione* ad tollendam vexationem, *che per altro riguardo*.

Nè è vero il fatto del Lucido, che compilato il termine contro de terzi Possessori, egli ebbe notizia del primo Testamento; mentre il fatto genuino è, che avendo veduto il suo Difensore a 2. Marzo caduto anno 1796., che la G. C. volea decidere contro de terzi Possessori, egli affacciò l'adizione *ex primo Testamento*, quandocchè detto primo Testamento l'aveva il Lucido estratto dal Notajo stipulatore fino dal dì 1. Febrajo 1794., vale a dire due anni prima (3): ne si presume ignoranza in lui, *nam ad excludendam ignorantiam sufficiat adesse conjunctionem sanguinis* al dire di Surio (4): Ecco dunque dimostra-

(1) *Capit. cum Christus tit. decret. de jur. jur.*
(2) *Ricc. prax. Civ. tom. 4. cap. 71. n. 59. pag. 299.*
(3) *Fol.*
(4) *Dec. 4. n. 7.*

ta la scienza del Lucido di detto primo Testamen to *ex proprio facto*.

Conchiude adunque il Difensore del Lucido alla pag. 9. ad 10. il suo primo discorso, che dovendo la G. C. spiegare la provvidenza di giustizia sul termine novellamente compilato, cade in esame l'articolo, se esistendo due Testamenti, coi quali l'istesso erede è stato istituito, ed essendo stato dichiarato nullo il secondo, se debba deferirsi l'eredità in forza del primo, come pretende Lucido Cantalupo, oppure debba deferirsi l'eredità *intestata*, (come sostiene Rosa Cantalupo, e come ha ottenuto, in tempo che non si aveva notizia del primo Testamento del defunto Giovanni ultimamente negli atti presentato. Il Difensore di Lucido sostiene in primo luogo, che si deve l'eredità del medesimo Giovanni deferire in forza del primo suo Testamento per metà in beneficio dello stesso Lucido, e per altra metà in favore degli eredi di Andrea.

All'incontro chi difende Rosa Cantalupo, sostiene, che avendo il Lucido adita l'eredità del Giovanni *ex secundo Testamento*, come egli stesso ha confessato, s'intende aver ripudiata l'eredità col primo; nè si deve la sognata metà di tale eredità nè al Lucido, nè alli figli dell'Andrea, altro per ora non potendo riportare, se non un termine ordinario, per essere essi venuti contro un publico Stromento, ed ad impugnare il proprio fatto. In secondo luogo, siccome il Difensore di Lucido dice aver risposto colla sua allegazione a tutte l'eccezioni, che si son proposte dalla Rosa contro del proposto assunto, e specialmente si è cercato confutare la nota legge *Clodius Clodianus 97. ff. de acquir., vel omitt. haered.* Al pari il Difensore della Rosa dimostrarà a Signori della G. C., che il detto Difensore del Lucido vi è riuscito cattivamente, sì nel rispondere alle eccezioni della Rosa, per aver esposti tronchi li veri fatti, che concorrono nella causa istessa; che l'avere malissimamente confutato il celebre testo della *L. Clodius*, avendo il Difensore della Rosa voluto, che quella mala fe-

la fede usata dal suo Cliente Lucido, sul proposto assunto, non si fosse benanche sposata dal di lui Difensore, con addurre le interpetrazioni, e le leggi tronche, e male applicate per servire alla causa. Incominciamo.

La scrittura data al Pubblico dal Difensore del Lucido, essendosi da noi osservata per pochi momenti sul tavolino di uno de Signori Giudicanti, ci ha posto nell'impegno di dovervi categoricamente rispondere, per dimostrare al Pubblico istesso l'equivoci, e gli abacinamenti presi in tale difesa. E siccome da noi, che facciamo le parti di Rosa, si trova prima risposto con ragionata istanza a più di quello in tale scrittura si è intrapreso dal Contradittore, pure per non far passare senza risposta, ed in silenzio il proposto assunto, seguendo noi le stesse orme dell'Avversario, ci conteneremo in dividere la presente *Memoria* in due soli Capi.

CAPO I.

Si assume dal Difensore di Lucido, che per rivocarsi il primo Testamento di Giovanni Cantalupo, ve ne bisogna un secondo fatto con tutte le solennità legali, ed essendo questo dichiarato nullo, si deve dare la successione in forza del primo.

SI assume adunque in tale I. Capo, che non è da durarsi gran fatiga nel dimostrare il proposto assunto, essendo bastevole ciocchè è scritto nel librettino delle Istituzioni Civili, che per rompersi un Testamento, uopo è farne un'altro colle solennità dalla Legge prescritte, le parole sono: *Posteriore quoque Testamento, quod jure perfectum est, superius rumpitur* (1). Avvalora

(1) §. 2. *lib.* 2. *Inst. tit.* 17.

ra un tale §. coll' autorità di Ulrico Ubero , e del Minsigero , che ambidue vogliono , che deve il secondo Testamento aver tutti li solenni per distruggere il primo anche solenne .

Del §. citato , e delle autorità de' due addotti Interpetri non si dubita , si dubita solamente dell' applicazione al caso presente : Dice il §. citato , e con esso chi difende Lucido Cantalupo : *Che per rompersi un testamento uop' è farne un' altro colle sollennità prescritte* : La massima è vera , ma non applicabile al caso , di cui si tratta , si ripete il secondo Testamento di Giovanni è stato già *per sententiam dichiarato nullo* ; Dunque non si può dire che resta valido il primo , il primo non può restar valido , perchè il Lucido non l'have voluto tale , nè per parte del Lucido istesso si è dimostrato valido , e solenne ; se egli adì col secondo , dunque rinunciò al primo , e si pregiudicò , perchè elettiva era la sua azione , e non avendola saputa scegliere, di Lucido è il danno,e non di Rosa ; *Eligere quis debet* (così Ulpiano) *qua actione experiatur , quum sciat sibi regressum ad aliam non futurum* (1) ; e la massima ricavata da varie altre leggi è che, *Una electa non datur regressus ad alteram* (2) . Che ha che fare la teoria del citato §. col caso dell' adizione di Lucido , il §. parla *in abstracto* , e *in jure* così s' intende ; ma quando per fatto dello stesso Lucido , il primo testamento resta nullo , per avere adito col secondo , e non col primo , che ha che fare il §. citato col caso accaduto , chi per poco vi riflette , vi scorge avervi tanta correlazione , quanto vi ha la Luna con granchi . Succede dunque Rosa all' eredità del Giovanni *ex facto* dello stesso Lucido , ne viene esclusa dal §. citato : Anzi per altro saldo principio di dritto , nascendo in Lucido l'azion di adire da due cause lucrative , che son li due Testamenti , non posson quelle concorrere nella stessa , e me- de-

(1) *In l. 9. ff. de tribut. act.*
(2) *L. 38. §. 1. pr. Socio. L. in duobus 28. §. 4. de jur. jur.*

desima persona per la massima : *Quod duæ lucrativæ causæ in eundem hominem, & eandem rem concurrere non possunt* (1).

Si prosieguono in citarsi due altri luoghi di legge dal Difensore dello stesso Lucido per la conferma del suo assunto, uno è un luogo di Ulpiano, che dice così: *Tunc autem prius Testamentum rumpitur, cum posterius rite perfectum est* (2). Tale luogo di Ulpiano ridonda allo stesso di sopra, sicchè soffre li stessi acciacchi; perchè si suppone sempre perfetto il primo, quando per fatto del Lucido si è reso imperfetto, ed in tale senso si possono usurpare le ultime parole del citato testo di Ulpiano tralasciate dal Contradittore: *Tunc enim, & posteriore non perfecto, superius rumpitur* (3). L'altro è di Giustiniano, le di cui parole sono: *Si quis autem testamento jure perfecto, ad aliud venerit Testamentum, non alias, quod ante factum est, infirmari decernimus, quam si id, quod secundo facere Testator instituit, jure fuerit consumatum* (4).

Il Difensore di Lucido nel trascrivere la legge 21. qual egli cita errò: Perchè meglio era se citava con più proprietà, e verità l'*Autentica inter liberos de testamentis imperfectis*, sotto lo stesso titolo *de testamentis &c.*; egli ha usato dell' *incività* per averne trascritto solamente la prima particella, che crede fare al suo intento, restando a noi la cura di trascrivere quelchè egli ha mancato.

Per le regole della buona interpetrazione nelle leggi, si deve trascrivere tutta la legge, ciò disponendo un' espresso testo : *Incivile est* (son parole della legge) *nisi tota lege perspecta, una aliqua particula proposita, judicare, vel respondere* (5).

Quib-

(1) *L. 18. de action. & obligat. L. 10. de act. empt. §. 6. Inst. de Legatis L. 17. de obligat. & act. Vinn. part. jur. lib. 3 cap. 42. pag. 366.*

(2) *L. 2. ff. de injust. rupto, irrito facto testam.*

(3) *Cit. L. 2. in fine.*

(4) *L. 21, §. 3. de Testm. & quemad. Test. ordinentur.*

(5) *L. incivile de legibus ;*

Quelchè si è mancato si è: *Nisi forte in priore testamento scriptis his, qui ab intestato ad testatoris hæreditatem, vel successionem venire non poterant; in secunda voluntate testator eos scribere instituit, qui ab intestato ad ejus hæreditatem vocantur: Eo enim casu, licet imperfecta videatur scriptura posterior, infirmato priore testamento, secundum ejus voluntatem non quasi testamentum, sed quasi voluntatem ultimam intestati valere sancimus: In qua voluntate quinque testium juratorum depositiones sufficiunt: quo non facto valebit primum testamentum licet in eo scripti videantur extranei* (1)?

Or da questa legge qual *pro ne* intende trarre il Difensore del Lucido a favore di Lucido istesso? Niuno certamente! anzi da questa si ricava la risposta all'antecedente §., e dottrine malamente applicate al caso presente.

Se tale legge parla di due testamenti, in dove si veggono istituiti diverse persone nel primo gli *estranei*, nel secondo i *legitimi*, quantunque il secondo non fosse perfetto, per esservi intervenuti cinque Testimoni solamente, l'ultimo Testamento imperfetto infirma il primo perfetto, e vale la disposizione ultima del Testatore, *non quasi Testamentum, sed quasi voluntatem ultimam intestati*, dandcsi luogo agli Eredi legitimi istituiti come la legge citata prescrive.

Si facci ora il paragone tra il caso della legge citata col caso della causa presente. Nel primo testamento del 1771. fu istituito Lucido (perche de' figli dell'Andrea, come si disse non se ne deve tener conto o far motto). Nel secondo testamento del 1774. fu istituito dal Giovanni lo stesso Lucido: or'avendo il Lucido adita l'eredità del Giovanni *ex secundo testamento*, non può ora il Lucido mutar volontà, poicchè annullato il secondo, non può far uso, ed adire col primo, giacchè il Lucido istesso ha reso destituto il primo Testamento, quantunque si creda perfetto dal Contradittore, (ma perfetto non è) come altrove si dimostrarà. Sicchè molto bene

dis-

(1) *Auth. inter liberos. . . . subst. C. de testam.* §. 3.

disse Papiniano a tal proposito, che: *Nemo potest mutare consilium, & voluntatem in alterius injuriam, & detrimentum* (1).

E se il Difensore del Lucido, come lesse il Celebre Ubero da lui citato nel §. 8., avesse letto innanzi il §. 4. del medesimo Ubero, avrebbe ritrovato scritto così: *Nam posterius imperfectum hactenus pro non facto habetur, sive ipso jure invalidum sit, seu postea infirmetur, præterquam si* destituatur, *idest hæreditas ex eo non adeatur*; *NEQUE ENIM HOC AD INTERNAM TESTAMENTI PERFECTIONEM, SED AD EVENTUM SPECTAT, SUFFICITQUE TALE ESSE TESTAMENTUM, EX QUO HÆRES EXISTERE POSSIT, QUI SI DEFICIAT, CUM VOLUNTAS TAMEN SIT PERFECTA, ET CONTRARIA PRÆCEDENTI, HÆRES IN PRIORI INSTITUTUS MANET EXCLUSUS, ET DEFUNCTUS, EXITUM INTESTATI PATIETUR.*

Nè lungi dal testo sopra citato dall'Avversario, va l'altro testo anche da lui citato di Ulpiniano nella *l.* 2. *ff. de injusto, & irrito facto testamento*, mentre in tale legge si parla anche degli *estranei*, *e de' legitimi istituiti*; sicchè non ha che fare col caso del Lucido, ch'è estraneo, e si trova istituito in entrambi i testamenti, le parole del testo sono: *Tunc autem prius testamentum rumpitur, cum posterius rite perfectum est.* Fin qui ave trascritto il Contradittore, quello, che si è mancato, è come segue: *Nisi forte posterius, vel jure Militari sit factum, vel in eo scriptus est qui ab intestato venire potest: tunc enim, & posteriore non perfecto superius rumpitur.* Questo era il caso che si dovea dal Difensore di Lucido fondare *in jure*, mentre le leggi citate sono contrarie al suo assunto, potendosi bensì piuttosto quì trarne il caso proposto da Paolo Castrense, qual'è il seguente di essersi istituiti in due Testamenti due dello stesso carattere, cioè due luoghi pii.

Proponebatur, duo testamenta ad pias causas (son parole del

(1) *Lib.* 3. *quæst. & reg.* 75. *sub tit. de reg. jur.*

del Consiglio), *quorum alterum perfectum, alterum imperfectum erat, & quaerebatur, an posteriore testamento sublatum esset primum, licet perfectum; & respondit sublatum videri* (1).

Il fondamento del Castrense fu, *quia postrema defuncti voluntas potissimum servanda est* (2) tale sentenza del Castrense viene sostenuta anche da Alessandro (3), e alla *L.* 2. si sottointende la particella *maxime* se cioè nel posteriore testamento sono istituiti gli *suoi*, e *legitimi*, come l'intese ancor Ulpiano nella citata *L.* 2. *ff. de injust. &c.*

Si cita in fine Giulio Chiaro nella *quest.* 96., quale sostiene mente dippiù di quelchè dicono le sopracitate leggi, che, *ut primum testamentum revocetur requiri, quod secundum sit validum, & solemne.*

Ma se si è dimostrato, che le leggi citate non sono a proposito per il caso presente, tanto meno deve valere l'autorità di un privato Dottore, ch'è il Chiaro, ch'è meno della legge.

Dunque non resta assodato, come il Difensore del Lucido crede, che per la massima di rivocarsi un testamento perfetto, si richiedesse un secondo Testamento anche perfetto non raso, nè cancellato, per non essere tale massima del caso presente. Ciò posto, si conchiude colle stesse sue parole del primo capitolo, che avendo Giovanni Cantalupo fatto due Testamenti, il primo nel 1771., il secondo nel 1774., ed essendo stato dichiarato nullo il secondo per causa dello stesso Lucido, *per essersi reso indegno dell'eredità del Giovanni*, come costa dalle pruove fatte dalla stessa Rosa, poicchè non erano intervenuti nè gli sette testimonj, nè il Giudice a contratti in tempo del rogito, non può restar fermo il primo a favore del Lucido istesso; ma confermarsi la suc-

(1) *Cons.* 327. *lib.* 1.
(2) *L. si mihi, & tibi ff. de legatis* 1.
(3) *Cons.* 214. *lib.* 2.

successione *intestata* a beneficio della Rosa, medesima, che si augura dalla G. C. ottenere sì per fatto, che per dritto, e per autorità di cose giudicare. E questo in risposta del primo capitolo della scrittura dell'Avversario, passandosi in rispondere al secondo.

CAPO II.

Siccome col secondo capitolo si dimostra dal Difensore di Lucido, che la L. Clodius Clodianus 97. ff. de acquir., vel omitt. haered. *non toglie al detto Lucido Cantalupo il dritto di poter succedere all'Eredità di Giovanni suo fratello consanguineo in forza del primo Testamento; così, dal Difensore della Rosa si dimostra tutto l'opposto, di non poter succedere il Lucido* ex primo Testamento, *essendo stato dichiarato nullo il secondo, e ciò tanto in caso di scienza, quanto nel caso d'ignoranza del Lucido istesso.*

IL Difensore del Lucido per l'intelligenza della sopracitata legge, premette quanto da Everardo Ottone *in Vita Papiniani* in poche parole descrive della medesima legge l'istoria. Dic'egli, che nel Concistoro del Principe eran Assessori i due grandi Giureconsulti dell'antichità, cioè *Papiniano*, e *Paolo*, e noi potemo liberamente aggiungervi con Cujacio, Ulpiano, Marciano, Mecio, o Messio, Trifonino, ed altri molti, che si raccolgono da alcune leggi presso lo stesso Cujacio. (1) (La specie del fatto, che occorse ad essere decisa in quel Senato) non già dalli soli Papiniano, e Paolo, come si suppone, fu la seguente:

(1) *Cujac. tom. 4. quæst. Papiniani cir. med.*, *& observat. lib. 2. cap. 26. L. ult. de jur. Fisci*, *L. cum in fundo §. ult. de jur. dot.*

te : Clodio Clodiano in due Testamenti scrisse lo stesso erede : E Giovanni Cantalupo scrisse erede ne' suoi due Testamenti lo stesso Lucido Cantalupo suo fratello consanguineo (giacchè dell'Andrea non se ne deve tenere alcun conto, per aver ceduti li lor dritti li suoi figli a Rosa Cantalupo ; ed essendo venuti in giudizio ad opporsi ad un pubblico Istrumento, devono essere intesi in un termine ordinario) : *De Testamenti di Clodio Clodiano il primo era valido, il secondo era nullo ; e de' Testamenti del Giovanni* (quantunque si creda valido il primo, pur tale non è come si dimostrarà) *nullo il secondo, poicchè così dichiarato. Perchè l'erede di Clodio Clodiano in virtù del secondo, ch'era nullo adir non potea l'eredità, ed accettandola in virtù del secondo, che non glie la dava, tacitamente ripudiava quella, che poteva dargli il primo, Papiniano disse, che Clodio Clodiano era morto* intestato ; *e per la stessa ragione è da dirsi, che* intestato *morì Giovanni Cantalupo, e perciò confermarsi, a tenore dell'arbitramento, o sia laudo, la successione* intestata *del detto Giovanni a beneficio della Rosa* per le espresse leggi (1). Le parole del testo sono : *Clodius Clodianus, facto prius Testamento, postea eundem hæredem in alio Testamento, inutiliter facto, instituerat. Scriptus hæres, cum posterius putaret valere, ex eo hæreditatem adire voluit, sed postea hoc inutile repertum est. Papinianus putabat, REPUDIASSE EUM EX PRIORE HÆREDITATEM, EX POSTERIORE AUTEM NON POSSE ADIRE. DICEBAM NON REPUDIARE EUM, QUI PUTARET POSTERIUS VALERE, PRONUNCIAVIT, CLODIANUM INTESTATUM DECECSISSE* (2).

Questo è quel testo (dice l'Avversario), che ha dato tanto da pensare all'Interpetri, e che di essi non se ne trova neppure un solo, che approvato abbia la sentenza

(1) *Auth. cessante Cod. de legit. hæred. cit. L. Clodius.*

(2) *L. Clodius Clodianus 97. ff. de acquir., vel omit. hæredit.*

tenza di Papiniano; ma tutti generalmente parlando hanno abbracciata quella del Giureconsulto Paolo, così egli.

Noi all' incontro sostenemo non men per fatto, e per le circostanze, che concorrono nella causa, ma ancora per inconcussi principj di dritto, avvalorati dalla Istoria istessa, che sempre in ogni età, ed in ogni tempo la sentenza di Papiniano è stata preferita a quella di Paolo, e così si è giudicato, ed opinandosi altrimenti, si farebbe resistenza, ed ingiuria alla legge medesima, non dovendosi attendere qualunque sognata contraria interpetrazione di Dottori, dimostrandosi avere li più politi, e gravi Interpetri del dritto aderito alla sentenza di Papiniano, e non già alla contraria di Paolo.

Or dice il Contradittore, che la ragione dell' opinare di Papiniano si rileva dal Cujacio, il quale ce la riferisce: *l' ignoranza di dritto ei dice, non iscusa*, dovea l' erede istituito sapere, che il Testamento era nullo, ed avendolo ignorato, stimò Papiniano aver perduto il dritto di succedere *ex primo Testamento*: Una tale sentenza non l'ave il Contradittore trascritta; ma come a noi giova, la tenemo in conto di vera, (e viene confermata dal Voet, che il Contradittore mancò di trascrivere l' intera dottrina quando lo allegò a suo favore) quello però che il Cujacio dice, approvando la sentenza di Papiniano, è quel che noi soggiungemo; *Et eodem modo* (son parole di Cujacio) *respondendum est ad l. Clodius, qui per errorem facti adivit hæreditatem ex Testamento secundo, quod erat inutile, cum debuit adire ex primo, quod erat utile, non potest redire ad primum Testamentum, & rem amittit, quia temere, & inconsulto adivit*. Dunque Cujacio vuole, che anche l' *errore di fatto* noccia all' erede di Clodiano, siccome deve nuocere senza fallo a Lucido Cantalupo, quale *vitio & culpa sua* (spiega il Cujacio istesso più appresso) *factum ignoravit, dum temere adivit hæreditatem re omni, & totius hæreditatis caussa non bene perpensa*? La ragione, che Lucido Cantalupo non adì col primo fu, perchè non voleva dar porzione al

B coe-

coerede Andrea dell' eredità del Giovanni di quella poca quantità rimasta; ed avendo adito col secondo, così credea porre il sugello a tutte quelle alienazioni nullamente da esso lui antecedentemente, e posteriormente fatte dell' eredità dello stesso Giovanni, come si è confessato nell' Allegazione dello stesso Difensore del Lucido pag. 3.; che nel 1780, vendè il giardino all' Arciprete Durazzo, e ne à esibito Istrumento *in actis*. Ma Cujacio in altri luoghi della sua opera diede il primato alla sentenza di Papiniano, anche per altre leggi, così egli: *Decreta sunt sententiæ prolatæ in caussarum cognitionibus Imperatoris Antonini, & Severi Patris ejus. Decreta sex libris Paulus complexus est, quæ ipso Paulo, Papiniano, Messio, & Triphonino, & aliis quibusdam J. C. assidentibus pronunciata sunt, & plerumque Paulo non approbante, ut in specie L. Æmilius ff. de minoribus L. ult. C., de jure Fisci L. Paulo §. 1. ff. de legatis lib. 3. L. ult. ff. quod cum eo. L. Clodius Clodianus ff. de acquir. heredit. FERE SEMPER EX SPLENDIDISSIMI PAPINIANI SENTENTIA* (1).

Segue il Difensore del Lucido in dire pag. 14., che Paolo per l' opposto, poggiandosi sulla *buona fede dell' erede* sosteneva, che questa doveva fargli perdonare l' errore del dritto; ed accordargli la successione *ex primo Testamento*, non potendosi dire aver ripudiata l' eredità in forza del primo Testamento, colui che l' aveva adita in forza del secondo creduto valido, e fermo.

Si dice col lodato Ottone, che Papiniano, e Paolo erano emoli, e di temperamenti diversi: Papiniano era *caldo, e piacevole*, Paolo *fastidioso, e flemmatico*; Il primo attirò col suo garbo al parer suo quello del Principe, il secondo *more suo morosissimo*, come nota lo stesso Ottone, *Papinianum iniquitatis tacite arguit* (2);

quin-

(1) *Observat. lib. 2. cap. 26.*

(2) *Papin. sive de vita studiis, scriptis, moribus, & morte Æmilii Papiniani cap. 13. §. 8.*

e quindi Paolo non si lasciò persuadere nè dall' eloquenza di Papiniano, nè dall' autorità dell' Imperadore, ma saldo restò nel suo sentimento di doversi accordare la successione *ex priore Testamento*; ma ciò non ostante (son parole del Contradittore) *la vinse Papiniano, perchè uniformente al suo opinare fu il decreto dell' Imperadore Severo*, così a pag. 13.

Due cose qui butta inconsideratamente l' Avversario, l' una *che Papiniano la vinse, perchè uniformemente al suo opinare fù il decreto dell' Imperadore*: L' altra, *che Papiniano col suo bel garbo attirò al parere suo quello del Principe* pag. 14., & pag. 15.

Ma che razza è mai questa di pensare? Se Papiniano la vinse in allora, come ora si vuol la sua sentenza contendere, e vuol che la perda, quando fu avvalorata dal sentimento dell' Imperadore istesso? e si contende presentemente, che fosse vinto!

Il dirsi poi, che Papiniano *trasse al suo parare quello dell' Imperadore*; Or si, che ciò è non solo stravaganza, ma è un tradire gli lumi della Storia: Basta esser mezzanamente inteso della Storia Romana per discernere, che intervenendo li Principi nel Concistoro su gli atti fabbricati, il Principe istesso conoscendo della causa gli meriti, intese le Parti, profferiva il suo decreto, quale se veniva approvato dalla maggior parte de' Giureconsulti, si tenea in conto di *decreto*; e di ciò vi sono molti esempj non meno nel Codice di Teodosio (1); ma ancora un molto elegante esempio ne abbiamo nelle Pandette di Giustiniano (2); e molti esempj si leggono presso Cujacio (3), ed altri presso di Amaya (4). E tali decreti ancorchè interposti in cause particolari per

B 2 la

(1) *L. ult. Cod. Theodos. qui bonis cedere L. ult. de offic. Judic. l.* 5., & 8. *de fide Test.*

(2) *L.* 3. *ff. De his, qui in Testam. delent.*

(3) 18. *Observat.* 32.

(4) *L.* 5. *Cod. de excusat. muner. n.* 1., & *seq.*

la dignità, *ed emihente grado* di chi li profferiva, aveano in somiglianti casi forza, e vigore di legge (1). Il decreto dunque emanato nel Testamento di Clodio Clodiano si deve avere piuttosto come un *decreto di Severo*, che come una *sentenza di Papiniano*,

Ciò posto, tempo è di rispondere a cadauno argomento opposto dall' Avversario.

In primo, si dice, che non vi è neppure un solo Interpetre, che sostiene la sentenza di Papiniano, ed il primo, che lo riprova tra le antiche Scuole è Francesco Accursio: Questi dopo le parole *Papinianus putabat*, nota, *SED MALE*: E dopo le parole di Paolo *Dicebam* nota, *SED BENE*, e la ragione, che ne soggiunge è: *Intestatum ergo videtur judicasse secundum Papinianum, unde dic, quod male pronunciavit, quia* PER INUTILE NON INFIRMATUR UTILE.

Se si volesse dar retta all' opinione di Accursio, presa quella sua massima nella grossolana maniera, che *utile per inutile non infirmatur*, si sconvolgerebbero tutti li più celebri, e saldi luoghi del dritto: Dovea sapere Accursio, e chi difende Lucido, che il caso della *L. Clodius* fu deciso da *Severo*, ed autorizzato da *Papiniano*, e da altri insigni *Giureconsulti*, che *assidebant* in quel Concistoro; Sicchè non si poteva incontrar dubio, che fu loro presente tale massima, e l' ebbero per nulla, anche perchè vi era *Ulpiano* presente, che firmò il decreto di Severo, e lui era l' autore di tale massima da Accursio, o da altro Glossografo citata, tratta da un suo testo (2). L'esempio ch' espone Ulpiano fu di colui, che stipulò voler Pampilo, e rispose, *Dabo Stichum, & Pamphilum*: Ulpiano disse: *stipulationem UTILEM esse in Pamphilo, in quo responsio congrua fuit interrogationi*: *INUTILEM esse in Sticho*: e la ragione fu, *quod duae*

---

(1) *L. 1. §. 1. ff. de Constit. Princip. L. ult. C. de legib.*

(2) *L. 1. §. Sed si mihi ff. de V. O.*

duae fuerunt stipulationes una **UTILIS**, *alia* **INUTILIS** *neque vitiatur per hanc* **INUTILEM**, *quippe tot stipulationes sunt, quot species, seu summae*. Parlò dunque Ulpiano delle stipule, o sia de *Contratti*, che non si possono estendere alle *ultime volontà*, e si hanno come atti separati gli due Testamenti; oltredicchè Ulpiniano intese parlare *de rebus unis*, & non *separatis*, come ci attesta il dotto Aulisio, che parlando *de Individuis* separò tale modo di stipule (1), e dovendosi dar luogo all'assioma legale esser diverse le interpetrazioni de Contratti tra vivi da quelli di ultima volontà: *In contractibus plena adhibetur interpetratio, in Testamentis plenior, in Beneficiis plenissime*: quale argomento si può mai trarre dalla Massima di Accursio preso dalle stipule, e trarlo alle ultime volontà: Niuno di certo. Ulpiano parlò della vendita del Servo, non della validità del Testamento, di cui noi trattamo (2).

Il dirsi poi, che Accursio è stato seguito dagli antichi Interpetri Bartolo, Baldo, Paolo de Castro, ed Alessandro, è lo stesso dire, e citare Accursio, che tutta l'antica sua scuola, che non ha nè aggiunto, nè levato dall'insegnamento del loro Autore; sicchè cadendo l'autorità di Accursio qual Principale, resta annientata anche quella di essi loro, come accessoria, anche per disposizione canonica (3). Nè voglio io qui entrare coll'Interpetre Tadeo in sparlare di Accursio, e seguaci della sua scuola, appellando quegli *Interpetres Grossularios, & Longobardos, Item Infantissimos pene fantes, & alliatos* (4), mentre con più modestia ci atterremo di seguire l'Alciati, che scrivendo di essi disse: *Vitia fuerunt temporum non hominum* (5).

 Pas-

(1) *Tom. 1. de V. O. quest. 2. pag.* 181.
(2) *L. in Testam. ff. de reg. jur.*
(3) *Capit. accessorium de reg. iur. in 6.*
(4) *In L. si inquilinus ff. Locati.*
(5) *Lib. 4. disp. cap. 18.*

Passa il Difensore di Lucido a corredare l' autorità degli antichi Interpetri co' nuovi, principiando da Francesco Duareno, quale giusta l' espressione di un Scrittore Olandese dice, superar tutti nell' arte d' insegnare (1). Riflettendo egli al tit. della legge dice Duareno, esser detratta *ex Decretis Pauli*, la medesima riferisce la discrepanza de' due emuli Giureconsulti Paolo cioè, e Papiniano, il primo, che accordava la successione in forza del primo Testamento, il secondo, che la negava; e finalmente conchiude, che avendo l' Imperador Giustiniano tolta questa sentenza dal libro de' decreti del Giureconsulto Paolo, abbia la di lui opinione abbracciata in preferenza di quella di Papiniano, per la ragione, che quanto trovasi scritto in questa legge hassi a riputare come linguaggio di Giustiniano, approvante il parere di Paolo, ecco le parole di Duareno: *Existimo sequendam esse sententiam Pauli ex voluntate Justiniani compositoris horum librorum, cum hoc ex libris Pauli sumptum est a Justiniano, & in hunc locum translatum: Ex hoc apparet ei placuisse sententiam Pauli, cum dicit*, Dicebam. *Alia hic continent, velut historiam quandam, sed quid sentiat exprimit his verbis, cum, ait, DICEBAM, & quod hic scriptum est attribuendum Justiniano, & sic accipiendum, ac si Justinianus ipse loqueretur. Omnia inquit Justinianus in quadam Constit. de vet. jur. enucleando: NOSTRA FACIMUS, ET PLENUM ROBUR ADDIMUS. Pone igitur Justinianum hoc dicere quod Paulus dicit, & referre, quod ab aliis est pronunciatum, nemo dubitavit, quia auctoritas Justiniani hic sequenda sit* (2).

Conchiude dunque l' Autore dell' Allegazione di Lucido, che secondo Duareno la legge *Clodius* favorisce a Lucido Cantalupo, perchè approvativa della sentenza di Paolo, in preferenza di quella di Papiniano, perchè Paolo insegnò doversi accordare la successione in forza del

(1) *Luca Vande-Pol*.
(2) *Ad tit. ff. de acquir. hæred. cap. 9.*

del primo Testamento, non ostantecchè sia annullato il secondo.

Varie sono le risposte, che si danno da noi al Duareno, fondate sì nel dritto, che nel fatto, e altre tratte dalli veri fonti della Romana Istoria: Eccole brevemente.

Quelche in primo si dice è, che siccome il Scrittore Olandese esaltò alle Stelle il Duareno, così due de' nostri celebri Italiani lo abbassarono a terra di fatti: *Duarenus* (così il primo, quale è il dotto Gravina) *memoria fuisse parum firma, itaut aliquando cogeretur orationes vel citare de scripto* (1). Il secondo poi, ch'è il suo adherente Gottifrido Mascovio: *Imo nunquam studiosis, nisi ex scripto prælegeret, quod damno homini fuit* (2).

In secondo analizzasi per un poco la sentenza di Duareno, e si vegga se sia quella salda, ed uniforme alla ragione, e alla legge insieme. Ed è certo, che argomentandosi *a contrario sensu*, come le scuole si esprimono, si ritroverà, che siccome Duareno dice, che Giustiano avendo fatto nelle Pandette inserire cotesto luogo, in cui s'inserì la sentenza di Paolo, e la contraria di Papiniano, volle che la sentenza di Paolo avesse forza di legge, e la sentenza di Papiniano, e'l decreto di Severo si sapessero come un'istoriettà di quelche si discettò, e giudicò nella causa de' due Testamenti di Clodiano (ed a questo fatto si è mancato dall'Avversario per poco avvertenza fatta sulle parole di Duareno istesso). Or da cotesto opinare del Duareno noi prendemo forte argomento di difendere, che essendosi da Giustiniano riferito nelle Pandette il decreto di Severo, e la sentenza di Papiniano approvante tal decreto (colla contraria sentenza di Paolo) come non si può usurpare, come si deve la sentenza contraria di Paolo per una semplice storietta, e'l decreto di Severo, colla sentenza approvativa di Papiniano per

 una

(1) *De ortu, & progressu jur. Civ. cap. 77. pag. 98.*
(2) *In notis ad eund.*

una disposizione legale: come di fatti questo è il retto metodo di argomentare, e non già quello di Duareno, perchè la sua sentenza non vien garandita da alcuna legge, e la nostra vien confermata dallo stesso Giustiniano non già con quella Costituzione citata dal Duareno, ma con un' altra espressa, che prescrive, che quando la causa è stata esaminata nel Concistoro del Principe, così deve decidersi in casi consimili da Magistrati, e non altrimenti; le parole della Costituzione sono: *Si Imperialis Majestas caussam cognitionaliter examinaverit, & partibus cominus constitutis sententiam dixerit: Omnes omnino Judices, qui sub nostro Imperio sunt, sciant hanc esse legem non solum illi causæ, pro qua producta est, sed & omnibus similibus; quid enim Majus, quid Sanctius Imperiali est Majestate? vel quis tantæ superbiæ studio tumidus est, ut regalem sensum contemnat, cum & veteris juris conditores, Constitutiones, quæ ex Imperiali decreto processerunt, legis vim obtinere, aperte, dilucideque definiant* (1).

Non si può dunque porre in dubbio, che avendo l' Imperador Severo deciso il caso contenuto nel Testo della Legge *Clodius* contro dell' Erede istituito ne' due Testamenti di Clodiano, che avendo adito col secondo, s' intenda repudiata l' eredità col primo, abbia il decreto di Severo autorità di legge, anche per disposizione Giustinianea, ed essendo tal decreto confermato da Papiniano, e da tutti gli altri Giureconsulti del Concistoro, non ostante la contradizione di Paolo, che affatto prevalse, non può dubitarsi di avere un tal decreto di Severo l' autorità di legge Imperiale: *Sententia Principis* (così il Gotofredo) *jus dubium declarans, jus facit, etiam quoad omnes* (2).

Ma affinchè del tutto restasse annientata l' autorità del Duareno, e di ogni altro Interpetre del dritto, che si cita

B 4

(1) *L. 12. C. de Legibus, & Const. Princip.*
(2) *Ad cit. l. 12. in gloss. n. 38.*

cita in contrario dal Contraddittore, fa vuopo, per Istoria rivangare, come in tutti i tempi, ed in tutti i luoghi sempre la sentenza di Papiniano ha ottenuto il Primato, sì per autorità Imperiale, che per costume, e anche per autorità non solo degl' Interpetri del Roman dritto e cose giudicate; ma anche una tal verità è stata riconosciuta finanche da migliori PP. della Chiesa.

Surse alla fine in Occidente *Valentiniano III.* nel 1426., ove avendo trasferita la sede dell'Impero in Ravenna, e *Teodosio juniore* nell' Oriente, questi nel miglior modo, che si potè, ripararon alla rovina della Giurisprudenza sì nell' Accademie, che nel Foro, l' aspro governo, e scempio, che si faceva di quella da Giudici, ed Avvocati, la dapocagine de' Magistrati, la rapacità, e l' ambizione unita all' ignoranza, alla malizia; ed i loro inganni avean posto in confusione tutte le Costituzioni de' Principi, ed i libri de' Giureconsulti. Da soli Codici Gregoriano, ed Ermogeniano si poteva avere qualche certezza nel giudicare. De libri di tanti famosi, e celebri Giureconsulti non minor' era la cunfusione, e 'l disordine, nè si avea, se non confusa la notizia, che neppure Giustiniano, con tutti i suoi sforzi nella sua compilazione vi potè rimediare: si aggiungeva un' altra considerevole confusione di quei Codici, li quali giravano a torno fra le mani degli Uomini, non essendo in Europa introdotto l' uso della Stampa, eran per l' incuria de' Librari, ed Antiquarj, scorrettissimi, e pieni di mille errori.

Valentiniano dunque, e Teodosio il *Giovine* in detto anno 1426. mandarono al Senato Romano una ben lunga, e prolissa *Orazione*, colla quale a questi, ed ad altri molti disordini dieder riparo; parte di tale *Orazione* si legge nel Codice di Teodosio, sotto il titolo *de Responsis Prudentum*, e parte, fu da Giustiniano inserita nel suo, sotto il tit. *de legibus* (1).

(1) *L.* 2. 3. *C. de legibus*.

In questa parte registrata da Giustiniano dassi la norma quali Costituzioni, quali Rescritti potessero ne' giudizj allegarsi per le decisioni, e quali rifiutarsi (1).

Nell' altra parte dell' Orazione dall' Imperador Teodosio approvata, e nel suo Codice inserita dassi particolar provvidenza intorno a libri degli antichi Giureconsulti, ch' eran di non poca confusione.

Così vollero in primo, che agli scritti di quelli cinque Giureconsulti, cioè *Papiniano*, *Paolo*, *Cajo*, *Ulpiano*, e *Modestino* si prestasse intera fede, ed allegati, e letti ne' giudizj avessero appò i Giudici tutta la forza, e tutta l' autorità per la decisione delle cause.

Per non andare alla lunga diremo, come deffinirono ancora *Valentiniano*, e *Teodosio*, che quando nei giudizj venivano allegate diverse, ed opposte sentenze di quelli antichi, e famosi Giureconsulti, dovesse il maggior numero degli Autori prevalere, cioè le loro sentenze si *numerassero*, non si *pesassero*, ed a quelle dovesse il Giudice appigliarsi, lo che poi ebbe contrario sentimento Giustiniano, dappoicchè volle, che le autorità si fosser *pesato*, non già *numerate*: *Ponderandae profecto, non numerandae sententiae sunt, sed neque* (così egli) *ex multitudine Autorum, quod melius, & aequius est, judicatote: cum possit unius forsan, & deterioris sententia, & multos, & majores in aliqua parte superare* (2). E da Arcadio si disse: *Non enim ad multitudinem respici oportet, sed ad sinceram testimoniorum fidem, et testimonia, quibus potius lux veritatis adsistit* (3). Ma se il caso portasse, che il numero dell' una parte, e dell' altra fosse uguale, volle, che fra tutti soprastasse *Papiniano*, in guisacche prevalesse quella parte, che dal suo canto trovavasi avere sì illustre Giureconsulto, la qual prerogativa non deve

---

(1) *L. 7. de precib. Imper. offerend. L. penult. C. si contra jus*

(2) *L. 1. cumque haec materia C. de vet. jur. enucl.*

(3) *L. ob carmen in fin. ff. de testib.*

deve sembrar strana per Papiniano riputato in ogni età il più insigne di tutti gli altri.

Che sia ciò vero, viene attestato da Cujacio, ove così si esprime: *Ut si qua in re sint diversæ Jurisperitorum sententiæ, & hæ sint pares, vel æquales, ea pars vincat, in qua Papinianus fuerit* (1). Lo stesso viene attestato dal famoso Gravina, che così scrisse di sì insigne Giureconsulto: *Tanta vero illius auctoritas in jure civili fuit, ut numquam ab Imperatoribus, nisi honorificentissime appelletur, inique variantibus J. C. sententiis, ea præfertur, a qua steterat Papinianus, cum quo semper ipsa veritas habitare censebatur, ut cum alii Papiniani auctoritate nitantur, ipse ad nullius unquam auctoritatem excurrit, ut quot responsa, totidem reddidisse ORACULA videatur* (2); E 'l Einnecio scrisse del medesimo così: *In hac inter J. C. Theodosius junior vim juris scripti attribuerat scriptis, Papiniano non solum primus locus datus, sed & id concessum est, ut parum J. C. suffragiis ea pars vinceret, cui suffragaretur Papinianus. L. unica C. Theod. de responsis prudentum, & ibi Gothofred.* (3). Lo stesso attesta l'Autore della Storia Civile (4), come ancora il Tiraboschi (5). E ciò tanto vero, che la sentenza di Papiniano è stata sempre ad ogni altro Giureconsulto preferita, che l'istessi Padri della Chiesa, a quali nulla calava tale autorità, pure per non tradire il vero, han confessato, che l'autorità, che fa l'Apostolo *in Divinis*, la stessa fa Papiniano *in Humanis*; di fatti così scrisse il Gravina, *Eumdemque locum Papiniano tribuit in HUMANO jure, quem habet Paulus in DIVINO, ut D. Hie-*

(1) *In lib. 1. quæst. Papin.*

(2) *In lib. de ortu, & progressu Jur. Civ. de Papin. pag. 57.*

(3) *Lib. 1. hist. J. Rom. cap. 4. §. 338. pag. 341.*

(4) *Tom. 1. lib. 2. cap. 6. pag. 109.*

(5) *Tom. 2. lib. 2. cap. 7. n. 4.*

D. Hieronymus testatur (1). Le parole di S. Girolamo si leggono in questa maniera, parlando di Papiniano contro Oceano: *Aliæ sunt leges Cæsarum, aliæ sunt leges Christi, aliud Papinianus præcipit, aliud Paulus noster scripsit* (2), nè altrimenti si stabilì dalla Chiesa, se variando l' interpetrazione della Scrittura s' avesse dovuto attendere per vera quella sentenza, ove stava l' autorità di S. Gio: Crisostomo, e ciò tanto nella Chiesa Orientale, quanto nell' Occidentale; E similmente tale prerogativa per Decreto Regio fu conceduta a Bartolo per la Spagna, e per la Lusitania, volendosi prestar fede a Gio: Battista de Gazalupis (3), come l' attesta lo stesso Autore della Storia Civile (4).

Da tutto ciò resta dimostrato esser di niun momento l' autorità del Duareno favorevole a Paolo, e contraria alla sentenza di Papiniano, nè di qualunque altro Interpetre.

Resta ora a rispondere all' autorità citata dall' Avversario di Antonio Fabro riferita nelle sue Concetture (5), le parole di Fabro sono: *Non dissimilis omnino illa est superiori disputationi, de qua discrepantes Papiniani, & Pauli sententias legimus in L. Clodius 97. ff. acquir. hered. . . . . Papinianus putabat repudiasse eum ex priore hæreditatem, ex posteriore autem non posse adire. Paulus contra magis esse ait, ut prioris Testamenti jus repudiasse non videatur, qui putavit posterius valere. At quamvis Clodianum intestatum decessisse secundum Papiniani sententiam Judex pronunciaverit, & Paulus refert, recte tamen Interpetres omnes sentiunt, qui Pauli opinionem veriorem esse defendunt.*

Ma noi ad Antonio Fabro opponemo lo stesso Antonio Fabro (come decidente, non come privato Dottore), men-

(1) *Supra loco cit. pag.* 57.
(2) *Epistola contra Oceanum*
(3) *In tract. de modo stud.*
(4) *Tom.* 1. *lib.* 2. *cap.* 6. *pag.* 110.
(5) *Conject. jur. Civ. lib.* 6. *cap.* 14. *n.* 6.

mentre vien riferito nel suo Codice una decisione del Senato di Savoja, che decise secondo la sentenza di Papiniano, e non già secondo la contraria di Paolo, le parole della decisione sono: *Quid ergo si quum duo facta essent Testamenta favore unius ejusdem haeredis, quod prius quidem valebat, haeres adierat ex posteriore Testamento, quod inutile post repertum est, num ex priore adire poterit? Non poterit, quia repudiasse videtur ex priore adeundo ex posteriore, cum non poterit eligere posterius, nisi repudiando prius: Ex posteriore autem quod inutile est adire haereditas non potest. Et ita secundum Papiniani sententiam (licet a Paulo improbatam) pronunciavit Senatus juxta Imperatoris decretum, quod refert Paulus in L. Clodius 97. ff. de acquir. haeredit. ... die 7. Feb. 1620. Ita Senatus in causa D. Maximiliani Faverii Advocati generalis, & Fratrum ejus* (1).

Come tale decisione fu citata in una istanza della Rosa, dal Difensore del Lucido si trova risposto nella sua Allegazione a carte 23. dicendo quello, che prima di lui aveva scritto in causa consimile, il Dott. fu D. Giuseppe Cirillo, come si rileva dalle sue Allegazioni (2). Dice il Cirillo, e con lui il Difensore di Lucido (che difende la stessa causa), come se si riflette all' epoca del tempo, in cui Fabro diè alla luce il suo Codice, si vede chiaro, che non poteva aver notizia di tal decisione, nè potea citarla, la lettera dedicatoria della sua opera al Serenissimo Duca di Savoja è del mese di Dicembre del 1605, la prima edizione, che ne fece è dell' anno 1601, la decisione, è del dì 3. Febbrajo 1620; come potea citare quella decisione, che non ancora si era profferita. E' vero che visse Fabro sino all' anno 1624, e l' Autore della di lui vita asserisce, che nel 1614 si obbligò con Librari di fare nuove giunte al suo Codice, ma queste sono nell' edizione

(1) Lib. 6. Cod. tit. 12. definit. 19. n. 6.

(2) Tom. I. Allegat. 3. p. 91. n. 29.

dell' anno 1617., ma nell' edizione dell' anno 1620. non vi è la giunta, di cui si avvale l' Avvocato della Rosa per trarre Fabro al suo partito; dunque conchiude il Difensore di Lucido col suddetto Cirillo, che una tale giunta fu di altra mano, nè Fabro si sognò di ritrattar mai quello, che aveva scritto nelle Concetture così *pag.* 22., & 23.

Ma si risponde da chi difende Rosa Cantalupo, che questo modo d' interpettare, e pensare, è uno di quei modi scrivere per servire alla causa, *nodum in scirpo quærendo*, e non già di difendere il vero. Se Fabro, secondo dice lo stesso Autore della sua vita, visse sino all' anno 1624., e la decisione si fe nel 1620. quattro anni prima, e nel 1614. si obbligò con libraj di far nuove giunte nel suo Codice, come trovandosi nel suo Codice tale giunta, si debba riguardar di essere di altro Autore, e non già dello stesso Fabro, quale incompatibilità nel vieta? nessuna certamente! siccome nessuna incompatibilità il vieta di aver Fabro ritrattato nel Codice quelchè malamente aveva scritto nelle Concetture, nelle Concetture scrisse da Dottore privato, nel Codice riferì quel che lui con più rettitudine coll'altri Senatori avean deciso, e questo si deve ascrivere a somma savjezza di Uom saggio di corrigere dopo, quelchè prima si era malamente scritto, giacchè scrisse lo istesso Giustiniano: *In nullo penitus aberrare divinitatis potius, quam mortalitatis est*; e secondo Seneca: *In solo Deo diminutio Majestatis foret confessio erroris, & pœnitenda fecisse, dum necesse est, ei eadem placere, cui nisi optima placere, non possunt* (1). Così se da altro fuori del Fabro si fosse fatta l' aggiunta nel suo Codice, si sarebbe l' Autore svelato, e si vedrebbe apposto il suo nome, o nel frontespizio, o sia nella prima paggina del Codice Fabriano istesso, o vi avrebbe fatta una prefazione, come comunemente si suol fare dagli Autori, che fanno delle giunte ad altri Autori, e non scorgendosi

di-

(1) *Voet in præfat. ff.*

di fatti tuttociò, si deve tenere per certo, che la *cit. decis.* fatta dal Senato di Savoja secondo la sentenza di Papiniano, sia di Fabro, e non già di altro Autore, come si è areolato dall'Autore della scrittura di Lucido, sognando sulle traccie del Cirillo, e chi dice il contrario lo deve provare: *Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat* (1): Che sia così, e non altrimenti, si rileva da quello che abbiamo dal Dotto Gravina, che parlando delle Opere di Fabro, ci fa sapere, che *aliis quidem in operibus acumen magis, quam veritatem præstit. In Codice vero suo usum rerum, & ingenii sui maturi reddidit, utilitatem, ut meliora sint illius, quæ minus acuta*. E l'Autore della vita dello stesso Fabro scrisse: *Fabrum in Codice, in quo sæpe se continet rerum judicatarum auctoritate modestiorem fuisse, quam in aliis suis operibus, in quibus genio liberius indulget*. E'l Dotto Claudio Gioseffo Ferriere parlando de' libri di Fabro (come sono le Concetture) scrisse così: *Fabrum subptilitates nimis prosequi, ab iisque summoperè cavendum esse, ut ab iis non tueamur, & ne in eas dilabamur: cum enim, a comunibus recedendo opinionibus aliquando etiam a principiis recedere: uno verbo hunc Auctorem esse subtilem admodum multum vero abesse quintutus sit* (2). Fabro dunque per quello scrisse nel Codice, si deve avere per vero, e rato, potendo servire di esempio in consimili giudicature; quello poi scritto nelle Concetture, e nelle altre sue opere si deve tenere in conto di un parto sottile, e niente sicuro pel giudicare per qualunque causa; e specialmente per la causa presente: oltre di che per quello, che è pervenuto a nostra notizia, il Cirillo perdè la causa, che era la stessa difesa dal nostro Contraditore, e per mancanza di tempo non vi è appurato l'Arrikante.

Ci resta ora in rispondere all'autorità di Giovanni Voet quale dice l'Avversario, che chiaramente sostiene essere ripugnante alla ragion legale l'opinione di Papiniano,

(1) *L. 2. ff. de Probat.*
(2) *In Hist. jur. Rom.*

no, e ne trascrive le parole a carte 18. così: *Si quis priore testamento perfecto, & posteriore imperfecto heres scriptus, ex posteriore imperfecto hereditatem adierit, quum putaret posterius valere, ex priore perfecto cum adire non posse, adeoque delatam esse Papinianus judicavit L. Clodius 97. ff. h. tit.* indi soggiunse, *improbante Paulo Jurisconsulto in d. L. repugnante quoque juris ratione* (1).

Conchiude dunque il Difensore di Lucido, che tutti riprovan la sentenza di Papiniano, e 'l decreto dell' Imperador Severo, e adduce la ragione espressa dal Voet, qual' è: *Quum utique repudiare non possit intellgi ex primo testamento, qui ignorat eo, ut pote per posterius opinione sua rupto hereditatem sibi delatam esse, nec sibi nocuerit, repudiando ex quo tamquam imperfecto delata non est.*

Il Difensore di Rosa avrebbe voluto, che con più di buona fede il Difensore di Lucido trascritto avesse quel dippiù, che si è tralasciato trascrivere dal detto Voet, e son queste le parole lasciate: *Nisi pro Papiniani judicato* (son le parole tralasciate del Voet) *supponamus agi in dict. L. 97. de hærede non per facti, sed juris errorem existimante, posterius valere in jure pro sciente habemus.* Voet dunque con tali parole non ripruova la sentenza di Papiniano, e 'l decreto di Severo; ma sebene l' approva dell' intutto, e si uniforma al sentimento di Cujacio a favore di Papiniano (2).

Finalmente dall' Autore dell' Allegazione di Lucido a trascritto a suo favore a *pag. 19.* L' autorità di Gotofredo, che scrisse così; *Repudiare hereditatem ex priore Testamento delatam non videtur, qui cum adiit ex secundo, quod valere putat* (3).

Ma come il Gotofredo niente dice di più di quello si è trascritto dagli altri Interpetri, le risposte date contro gli

(1) *In tit. ff. de acquir. vel omitt. hæred. n. 37.*

(2) *Ad tit. ff. de acq., vel omitt. hæred. n. 37.*

(3) *Ad L. 97. ff. de acq. hæred.*

gli altri, militano anche contro del Gotofredo, che sempre la sentenza di Papiniano ha avuto il primato, contro quella di Paolo, e ciò per l'intrinseca ragione nascente, dalla legge istessa, che Paolo non ostante contradisse a Papiniano a marcio suo dispetto dovè sottoscrivere il decreto di Severo, come scrisse Merlino, perchè approvato da tutti gli altri Giureconsulti, che assidevano nel Concistoro del Principe. E poi chi son costoro, che riprovano il decreto di Severo, e la sentenza di Papiniano approvante tal decreto (se ciò fosse): Sono semplici Interpetri, e questi han dritto di riprovare il *jus constitutum*! No certamente? Ma se lo stesso Giustiniano con una sua Costituzione prescrive, che: *Leges condere soli Imperatori concessum est*: *Et leges interpretari solo dignum imperio esse oportet* (1).

Dunque è inutile l'autorità di ogni Interprete, e loro dottrina, ch'è contraria alla legge, dovendosi secondo quella giudicare, come vien prescritto sì dal dritto Roman (2), che del nostro Regno (3) non essendo neppure a Magistrati permessa l'interpretrazione dubia della legge, ma al solo Principe è da ricorrersi: *Enigmata solvere* (è la stessa Costituzione che parla) *& omnibus aperire idoneus esse videbitur, nisi is, qui soli legislatorem esse concessum est*; quindi da ciò Marziale enfaticamente prese occasione di verseggiare, dicendo

Veniet de Plebe togata, qui juris nodos
Legumque Ænigmata solvunt.

E qui può trarsi quella sentenza di un Gran Padre della Chiesa in quelle parole: *De Legibus judicant homines, quum instituuntur, nam cum fuerunt institutæ, & firmatæ, non licebit etiam Judici de ipsius judicare, sed secundum ipsas* (4); potendosi qui trarre ancora quel det-

to

(1) *L. 12. C. de legib., & Constit. Prin.*
(2) *Leg. 5. C. de legibus.*
(3) *Disp. de 27. Sett. 1774. T. n. par. pag. 632. n. 6.*
(4) *D. Aug. cap. 31. de vera relig.*

to di Giuliano: *Non omnium, quæ a majoribus constituta sunt ratio reddi potest* (1), ma sembra ciò duro, ma non importa dice Ulpiano: *Quod quidem perquam durum est, sed ita lex scripta est* (2). Or dalle tante ferragini di autorità addotte il Difensore di Lucido tre valide conseguenze crede trarre in suo prò.

La prima conseguenza, che trae è, che anche che la sentenza di Papiniano fosse vera, non offenderebbe la ragione di Lucido Cantalupo, giacchè le circostanze, che concorsero nelle specie della *L. Clodius*, è diversa dalla specie, che abbiam per le mani. Nella specie della *L. Clodius* dic' egli fu una persona istituita nel primo, e nel secondo Testamento: Nella specie presente son istituiti nel primo Testamento Andrea, e Lucido, e nel secondo fu il solo Lucido *pag.* 20.

Ma che razza di pensare è mai questa? Se l'Andrea si trova morto, e li suoi figli, non dichiarati Eredi; ma Niccolà, ed Antonio han con pubblico Istromento rinunciato alla Rosa, ed essendo ora comparsi in giudizio, (difesi dallo stesso Difensore di Lucido) ed han detto di nullità del detto istrumento di Cessione, dovendo essere intesi in un giudizio ordinario, precedente assoluzione dal giuramento, come oggi posson far rinascere a lor prò il dritto di adire; si disse altrove, ch' essiloro si devon considerare, come non vi fossero, ed il solo Lucido è da considararsi: Dunque menoma dissonanza vi è tra la specie della *L. Clodius*, e quella di presente si agita contro Lucido Cantalupo, anzi le circostanze, che concorrono nella causa presente son più rilevanti, e pressanti del caso della *L. Clodius* a favore di Rosa, dappoicchè quell' Erede non erasi mai finito Tutore, e Curatore di quel Testatore un anno primo, che si fosse fatto il primo Testamento, e non aveva alienata la magior parte de' beni prima, e dopo del Testamento di un

(1) *L. non omnium ff. de leg.*
(2) *L. prosperit pr. ff. qui, & a quib. manumiss.*

un minore, senza solenni, di cui è il nostro caso. E pur vero quel proverbio:

Non fine fraude forum, non fine mure penus.

La seconda conseguenza, che trae il Difensore di Lucido è, che nella specie della *L. Clodius* l'Erede aveva adita l'Eredità *ex secundo Testamento*, e nella persona di Lucido non concorre tale circostanza, perchè non si spedì il Lucido nè preambolo, nè vi fu atto formale di adizione.

A questo si risponde, come dalla *L. Clodius* non costa la formale adizione di quell'Erede (ma si suppone): Nè nel Lucido si può dubitare, che non avesse adito *ex secundo Testamento*, di cui si formò solenne giudizio della nullità, per cui detto secondo Testamento fu annullato col Laudo, e confermato dalla G. C., ma quelchè è meglio per Rosa si è, che il detto Lucido con sua formale istanza ha confessato in giudizio presso gli atti, *che perchè aveva adito col secondo Testamento, ed erasi dichiarato nullo, perciò intendea ora adire col primo* a tenore delle Leggi; come da detta istanza, quale legge perchè s'ignorava da chi difendea Lucido, se l'addità da chi difende Rosa; perchè a lui contraria (1).

Ma essendo così il fatto, chi non sa, che *in judicio quasi contrahitur*, e le confessioni si equiparano alle cose giudicate: *Confessus pro judicato habetur*, e ne rende la ragione lo stesso Paolo Giureconsulto (della di cui autorità tanto si vale il Difensore di Lucido per le decisioni della *L. Clodius*, onde lo deve prestar fede ora in questo): *quod ille* (son parole di Paolo) *quodammodo sententia sua damnetur* (2). Oltrecchè da altre leggi si ha, che: *Nemo potest venire contra proprium factum*; *& quisque tenetur quiescere suis Confessionibus* (3).

Ol-

(1) *Fol.* 247.
(2) *L.* 1. *ff. de Confessis*.
(3) *L.* 13. *C. de nonnumerata pecunia*.

Oltre a ciò la G. C. deve aver presente, che benchè presso de Romani la crezione, e l'adizione eran sempre tra loro congiunti, pur non eran *sinonini*, come si persuase Donello (1). Ma eran atti diversi. La Crezione era un atto di coloro, che venivano istituiti eredi, *cum Cretione*, come attesta Ulpiano (2). Così coloro ch' erano scritti eredi *sine Cretione* potean essere eredi *sine aditione*: *Pro hæredis gestione*, come insegna il dotto Giuseppe Averanio (3): quindi si diceano, e dicono *gerere pro herede* coloro, che fan' uso de beni ereditarj, come se ne fosser Padroni; come appuuto fu la vendita fatta del Giardino da Lucido all' Arciprete Durazzo ereditario del Giovanni; quindi qui succede la regola del Presidente de Franchis per provare l'adizione in una sua decisione; *Quod quando quis facit actum, qui citra jus, & nomen hæredis fieri non potest, ex eo actu inducitur hæreditatis adio* (4); è così fu deciso presso dello stesso (5). Oltre a ciò dee sapersi, come nelle Corti Locali non si spediscono Preamboli, eccetto nel caso, che occorresse esiggersi danaro per Banco, mentre in tale caso il Preambolo spedito nella Corte Locale si conferma dalla G. C. per farsi tale esazione, e liquidarsi qualche istrumento *via Ritus* (che *recessit ab aula*) del che il tutto attesta il Reggente de Rosa: *Praeambula vero facta in Curiis inferioribus Regni* (son parole del de Rosa) *fidem non faciunt, nisi a M. C. Vicariae fuerint confirmata, ex ipsius Tribunalis praeminentia; Quod intellige, si tractetur de liquidando instrumento, vel accipienda pecunia deposita in Banco, sive perventa* (6). Ma se nessuna di codeste cose il Lucido aveva che fare, nè

(1) *Conject. jur. Civ.* 7. 8.
(2) *Fragm.* 22. 75.
(3) *Interpetrat. jur.* 12. 15. *pag.* 151.
(4) *L. pro haerede ff. de acquir. haered.*
(5) *Decis.* 80. *n.* 3.
(6) *Prax. Civ. cap.* 5. *n.* 11. *pag.* 31.

nè liquidare istrumenti, nè esiger danaro per Banco; dunque come dovea far uso della solenne adizione, o spedizione di Preambolo, se vendea tutta la roba del Giovanni, senza neppure solenni in tempo della sua minorennità, qual meraviglia se dopo morto nessun di codesti requisiti adoperò; *Nugae, Nugae sunt*. Essendo quindi il Lucido nel possesso de' beni del Giovanni in tempo della di lui morte, col solo animo li bastava a possedere *absque ulla alia apprehensione*, come insegna il celebre Simone Van-Leevwen (1).

Ma ritorna il Difensore di Lucido a carte 21. a dire, che l'Istromento del 1. Febraro 1794. fatto dalla Rosa colli figli di Andrea, cedendoli li lor dritti in forza del primo Testamento di Giovanni del 1771., colla facoltà di comparire in giudizio, ed ottener preambolo, le nuoce alla Rosa, perchè confessa la validità, e fermezza del detto primo Testamento.

A questo fievolissimo argomento si ritrova da noi altrove risposto, giacchè devono li figli di Andrea essere intesi in termine ordinario, e prima devono impetrare l'assoluzione dal giuramento; onde alla Rosa non può mai nuocere, quando essi stessi vogliono, che non le noccia: ma si dovea riflettere da chi scrive per Lucido a quelle altre parole dell'Istromento da lui tralasciate, nè trascritte nella sua allegazione, in cui si disse: nel caso, che valesse, o non valesse detto primo Testamento. Dunque non si confessò essere il detto primo Testamento valido, e fermo, perchè *chi dubitat, & negat nunquam consentire videtur* (2).

La terza conseguenza, che il Difensore di Lucido trae a suo pro a carte 21. è, che la citata *L. Clodius* non può offendere la ragione del suo Cliente, perchè per certa teoria di dritto del Lauterbrachio, del Pangeste-

C che-

(1) *Censura Forensis lib. 3. cap. 10. de acquir. vel omitt. hered. n. 5.*

(2) *Lib. 56. ad Edict. & de reg. jur. reg. 142.*

chero, e di Samuele Goccejo (1) vien stabilito, che le leggi delle Pandette vengono da quelle del Codice derogate, sicchè essendo la *L. Clodius* detratta dai decreti di Paolo, ed inserita nel corpo delle Pandette, perciò vengono da quelle del Codice derogate; onde conchiude, che si era dimostrato nel capitolo primo, che colla *L. 21. Cod. de Testam.* si è derogato alla *L. Clodius* delle Pandette.

Che bel pensare, perchè bel quel proverbio: *Chi vuol dir molto, non dice nulla*: A buon conto si dice dal Difensore di Lucido, che la detta L. 21. del Codice ha derogata la sentenza di Paolo, su di cui egli tanto si avvale, e si è tanto fondato, ed ha scritto 27. pagine contro la sentenza di Papiniano.

Ma se la L. 21. del Codice da noi si è dimostrata di non contenere il caso della *L. Clodius*, per esser caso dell'intutto diverso, perchè in detta L. 21. nel primo Testamento si vedon istituiti gli *Estranei*, e nel secondo *li legitimi*; dunque come si può derogare la *L. Clodius*, che contiene un caso diverso, per essere ne due Testamenti dallo stesso Testatore istituito il medesimo Erede? Chi è, che ignori quella volgarissima regola di buona interpetrazione, che non si ha per abrogata una legge, se non sia espressamente abrogata? *Leges non corriguntur* (maestrevolmente l'insegnò tra nostri il grande Andrea d'Isernia) *nisi quando expressim dicitur* (2). La massima: *Leges posteriores derogant prioribus* (3) si deve intendere per li sani principj appunto come l'intese l'Isernia. E come il caso della *L. Clodius* fu un decreto, o Costituzione di Imperadore, così con una istessa legge, e Costituzione del Codice si vede confermata da Giustiniano, come da noi si dimostrò nel principio

(1) *Tom. 1. in praest. quaest. 6. quom. de juris partes invicem derogent.*
(2) *Ad Constit. castra de nov. Ædific. V. contemnunt.*
(3) *L. sed & posteriores ff. de legibus.*

cipio di queste scrittura : *quæ ex Imperiali decreto processerunt , Legis vim obtinere , aperte , dilucideque definiant* (1)?

Ma , o Dio buono , che non può nelle menti di coloro , che si lusingano esser Maestri in giurisprudenza ! Così si abrogan le leggi ? Ben si deve sapere , non esser nel dubbio , da presumere , che per le nuove leggi si deroghin le antiche : Leggo in luogo della Glossa : *Ubi legem correctam non invenimus expressæ , antiquæ dimittimus figuræ* (2) . Leggo ancora in un' altro : *In dubio non debemus corrigere legem , sed illud quando expresse corrigitur* (3) . E da una legge , quale è la 32. §. 6. *de Appellat.* abbiamo : *Quicquid autem hac lege specialiter non videtur expressum , id veterum legum , constitutionumque regulis omne relictum intelligas* ,

E questa è la comune sentenza de Dottori presso Molineo , Masdardo , Grozio ; ed altri culti estimatori delle buone interpetrazioni , e dell'arte critica .

Sa ben' egli , che la derogazione dicesi espressa , o quando la legge antica nominatamente disegnasi , o quando il senso di essa , chiaramente esprimesi nella nuova . Niuna delle due cose nel caso nostro si avvera . Anzi per altro principio di Critica dimostrazione , La L. 21. del Codice non ha mai derogata la *L. Clodius* delle Pandette , ma vedesi confermata espressamente .

Ben si sa , che Giustiniano due volte compose , e diè fuori il Codice : La prima volta prima di pubblicare le leggi delle Pandette : La seconda volta , dappoicchè le Pandette erano state già pubblicate , e che il Codice , che oggi abbiamo è il Codice della seconda edizione , detto perciò *Codex repetitæ prælectionis* . Or poicchè volle Giustiniano , che tutto il Codice si considerasse come una

 sola

(1) *L. 12. C. de legibus , & Const. Princip.*
(2) *In Auth. de administrat. offic. in fin.*
(3) *In Auth. quib. mod. nat. offic. sui cap. 7. V. destruet.*

sola legge da lui fatta; e che come una sola legge fatta da lui si considerassero le Pandette, quinci per necessaria conseguenza deduce il famoso Uberto) Gifanio (1), che il primo Codice, come pubblicato prima delle Pandette, non potè a queste derogare, perchè la nuova legge può derogare all' antica, non l' antica alla nuova. Del secondo Codice pubblicato poi dopo le Pandette, altrimenti opinarono il più degli antichi Interpetri. Ma dai tempi del grande Andrea Alciati, che fu il primo restauratore della buona giurisprudenza, sino a' tempi, in cui siamo, non ci è stato tra culti Interpetri nemmeno uno, che non abbia distinto tra le Costituzioni di Giustiniano, e le Costituzioni degli altri Imperadori, anzi tra Costituzioni, e Costituzioni dell' istesso Giustiniano. Questo Principe nel Codice della seconda edizione inserì molte sue Costituzioni, che non erano nel Codice della prima, ed in alcuna di esse derogò ad alcuni luoghi delle Pandette; ed altre le confermò (come si è dimostrato colla *L. 12. Cod. de legibus*, esser confermato il testo della *L. Clodius*): La regola però da conoscere quali siano quelle, in cui potè Giustiniano derogare alle Pandette, non da altronde è da prendere, che dalle soscrizioni. La prese Francesco Duareno (tanto esaltato dall'Avversario), ma qui li è certo contrario, onde deve crederlo), dalle soscrizioni, in cui si mentova il Consolato di Lampadio, e di Oreste: Ecco le sue parole: *Meminisse debemus, quod sæpe dixi, & sæpe repetendum est, distinguendas esse Constitutiones, quæ in Codice reperiuntur; nam quædam ex illis compositæ sunt, quum primum compositus est Codex: & hæ inter se pugnantes dici non debent, nec contrariæ juri, quod in Pandectas relatum est. Additæ vero sunt aliæ Constitutiones post primam editionem, & compositionem Pandectarum, quibus antiquum jus emendatur, tam quod in Codicem, quam quod in Pandectas re-* (latum

(1) *Præf. ad Cod.*

latum est. Hujusmodi sunt acta, quæ sunt edita Lampadio, & Oreste Consulibus (1). La ragione, che indusse il Duareno a creder così fu questa, perchè nel Consolato di Lampadio, e di Oreste, Consoli dell'anno del Signore 530. cominciaron le Pandette a comporsi, onde, come le Costituzioni pubblicate prima del detto anno esser non poteano contrarie alle Pandette non ancora composte, ben poteano essere a qneste contrarie le Costituzioni pubblicate dopo del detto anno. Ma riflette assai bene il Gifanio (2), che sebbene si fossero le Pandette cominciate a comporre nell'anno 530., nientedimeno si compirono, e si pubblicarono tre anni dopo: onde segue, potersi derogare alle Pandette per quelle sole Costituzioni di Ginstiniano, le quali furono da lui pubblicate dopo la pubblicazione delle Pandette, ed inserite poi nel Codice della seconda edizione: e queste cominciano dall'anno 534., in cui furon Consoli Giustiniano per la quarta volta, e Paolino, che fu l'ultimo de Consoli Occidentali, come si raccoglie da rinomatissimo Autore (3): Dunque il dire, che le leggi del Codice più antiche dell'Imperador Giustiniano, qual'è la *L.* 21. §. 3. *C. de Testam.*, allegata dal Contradittore, deroghi la *L. Clodius* delle Pandette, è un errore da non condonarsi. E non è la *cit. L.* 21. e 'l suo §. 3., che è la stessa della rinomatissima *L. hac Consultissima*, una Costituzione dell'Imperadori Teodosio, e Valentiniano emanata nel 439. in tempo del Consolato di Festo, dunque come Costituzione pubblicata prima delle Pandette, e prima di Giustiniano ed inseritta nel suo Codice non può essere affatto a quella contraria, nè derogata, perchè non ancora composte, perchè pubblicata prima delle Costituzioni Giustiniane; anzi, come Conditori di detta *L. hac Consultissima* fu-

C 3 ron

(1) *Ad tit. ff. ad L. Falcid. sub fine.*
(2) *Loc. sup. cit.*
(3) *V. Iason ab Almeloveca, Fast. Consul. pag.* 180.

ron come si disse gli due Colleghi nell' Impero Valentiniano, e Teodosio, che colla Orazione al Senato Romano rimessa, avean riparata la caduta Giurisprudenza, e preferita la sentenza di Papiniano ad ogni altro Giureconsulto non è vero, nè verisimile, che colla detta L. 21. poi avessero corretta la *L. Clodius*, che a buon conto e un testo di Papiniano istesso. Nè vi è tra moderni, o tra gli antichi Interpetri, chi sponendo la citata *L. Clodius* abbia osato sin' ora di dire (come l' Avversario vanta) che si trova corretta per alcuna delle leggi del Codice, delle Istituzioni, o altre. Il Cirillo per servire alla causa volle imprendere che *Simone a Groenewegen* nel trattato *de legibus abrogatis, & inusitatis* portava la *L. Clodius* per abrogata; ma chi legge il citato Autore ben vede, che citando l'Autunno questo non dice altro: *Putem, hic Pauli sententiam admittendam, quae humanior est*: Or se con un *Putem* di un privato Dottore si possa arguire l' abrogazione di una legge, sì lasciva alla saviezza di essa G. C. il rifletterlo; mentre l'Autunno scrivendo della Censura Gallicana vi è gran controversia se il jus Romano sia il jus comune colà, come vien discettato dalli due celebri Scrittori *Pietro Lizeto*, e *Christoforo Thuano*, presso il celebre *Arthuro Duk* (1). Resta dunque dimostrato per punto indubitato di dritto essere la *L. Clodius*, secondo la sentenza di Papiniano nella sua piena osservanza, e non corretta da alcuna altra legge, nè derogata, ritraendosi altra certa riprruova dall' autorità del famoso *Giacomo Labitto*, che rapportò tale *L. Clodius 97. ff. de acquir. hæred.* tra le leggi non abrogate nella sua ingegnosa opera, e molta utile, intitolata *Index legum*, encomiata tanto dall' Autore della Istoria Civile (2). Il

(1) *Lib. de usu, & authorit. Jur. Civ. Rom. in Domin. Princip. Christianor.*

(2) *Tom. 1. cap. 9. pag. 37.*

Il Contradittore non l'ave ancora terminata; dappoicchè avendo noi (non fosse stato giammai, perchè non si sarebbe data tant'anza a scrivere al contrario) buttato in una istanza della Rosa una dottrina di Giacomo Wessembachio (1) a carte 24., e 25. si è data la pena il Contradittore di dimostrare essere un tale Interpetre favorevole al Lucido, e contrario a Rosa: Crede adunque l'Avversario, che nel caso del Wessembachio sian diverse le circostanze della causa presente, perchè suppose il Wessembachio, che maliziosamente si era nascosto il primo Testamento, e che con piena scienza si era adita l'eredità in forza del secondo Testamento. Ma se il Lucido aveva fatto estrarre fin dal dì 1. Febbraro 1794. dal Notajo rogatore il primo Testamento del 1771. del Giovanni, e non prima del dì primo Marzo caduto anno 1796. affacciò la nuova azione di volere adire *ex primo Testamento*, chi è colui, che può scusare il Lucido dalla *malizia* e *dolo* dell'aver mantenuto celato il suddetto primo Testamento al pari del caso riferito da Wessembachio *In fratre non præsumitur ignorantia circa testamentum alterius fratris*; così Graziano (2); che non abbia poi il Lucido adito *ex secundo Testamento*, questa è una fola, ed il contrario si è altrove dimostrato in questa scrittura, anche per sua confessione in una sua istanza (3), e per avere in forza di detto secondo Testamento alienato i beni ereditarj del Giovanni, come costa da istrumento negli atti esibito da chi lo difende. La specie del Wesembachio è dunque del tutto simile, ed uniforme alla presente specie di Lucido, con Rosa Cantalupo: Ci dispiace solamente, che giusta il solito si son citate soltanto quelle parole, che par che confacessero al suo intento, e non le contrarie: Le favorevoli a Lucido sono: *Pronunciatum est, Clodium Clodianum decessisse intestatum: Ita pronunciatum est contra rationem juris: Errantis non est consensus, non enim repudias-*

(1) *In Pandect. disp.* 58. *lib.* 29. *n.* 15.
(2) *Dec.* 9. (3) *Fol.* 242.

pudiasse hereditatem videri, qui posterius Testamentum valere putarit (1). Le favorevoli a Rosa sono: *Cum ex utroque Testamento adire hereditatem non posset, elegit posterius, ex quo adiit hereditatem: quo electo, at in revisionis judicio pronunciato invalido, voluit variare, & adire hereditatem ex posteriore: Respondi, hoc ei non licere: Itaque Suprema Curia censuit die 8. Martii* 1656. (2).

E' tanto vero, che il Wessembachio sostiene la sentenza di Papiniano, che come nella *L. Lecta 40. de rebus creditis* prevalse il sentimento di Papiniano, al pari nella *L. Clodius* prevalse il sentimento di lui; quindi il Wessembachio per avvalorare il suo sentimento, giusta la sentenza di Papiniano, citò a suo prò il celebre Viglio Zuichemo, che così anche la intese, onde si espresse così: *Illam tamen Papiniani pronunciationem, illic quoque obtinuisse sentit. Vigl. Zuichemus Comment. ad §. ex eo autem Instit. quib. mod. Testam. infirm. n. 9. in fine.* Dunque il riflettersi col Cirillo per servire alla causa, che per quelle parole di Viglio *illic quoque obtinuisse*, si dovesse intendere, che per la *L. Lecta* ebbe luogo il sentimento di Papiniano, e non per la *L. Clodius Clodianus*, è un far violenza alla legge, ed al retto metodo d' interpetrare, dovendosi avere tale particella *illic*, come particola di *eguaglianza*, che siccome nella *L. Lecta*, così nella *L. Clodius* il sentimento di Papiniano fu preferito; e non già in una legge sì, e nell' altra nò.

Ci resta ora rispondere a due altri argomenti tratti dal Difensore contrario dall' istanza della istessa Rosa: Il primo si è, che Giovanni Cantalupo Testatore essendo nato a 2. Gennajo del 1757. (3), ed avendo fatto il

(1) *In Pandect. disput.* 58. *lib.* 29. *n.* 15.
(2) *Loc. sup. cit.*
(3) *Fol.* 2.
(4) *Fol.* 155. *ad* 156.

il primo Testamento a 17. Marzo 1771. contava anni quattordici, mesi due, e giorni quindici di sua età; quindi come pubere, potea benissimo testare per dritto Romano, ch' è la *L. qua ætate* 15. *ff. qui testam. fac. poss. & quemad. fiant*, che permette a puberi il poter far Testamento.

A questo si risponde, come non vi è dubbio, che per tale legge *A qua ætate* (e non già *qua ætate* come si cita dall' Avversario) vale il Testamento del pubere, purchè abbi terminati gli anni XIV., anzi secondo attesta Marciano in tale legge, vale il Testamento: *Etiam si pridie Kalendarum fecerit post sextam horam noctis; jam enim complesse videtur annum quartum decimum* (1).

Il dubbio, che rimane si è, che come la fede dell' età, che si ritrova *in actis* presentata è estratta da' Libri Battesimali di Castelluccia dall' Arciprete D. Mariano Durazzo compratore del giardino dell' eredità del detto qu. Giovanni Cantalupo vendutoli dal Lucido, come da Istromento negli atti, ed è litigante (2) così dovendosi a favore della Rosa per il giudizio di revindica ordinare il rilascio del detto giardino, contro del detto Arciprete Durazzo, poicchè nullamente venduto dal Lucido; quindi il Durazzo, per non succumbere in tale giudizio, contro del quale si trova compilato il termine ordinario, non è inverisimile, che avesse estratta quella fede di età del Giovanni con quell' epoca eccedente, per dimostrare di essere di anni 14.; in tempocchè testò, quandecchè *rei veritate* era minore assai di tale età, essendo questa una esuberanza di ragione per la Rosa.

Il secondo argomento del Contradittore è l' avere risposto all' istanza della Rosa, arguendola per una stranezza, e stiracchiatura l' avere il Difensore di Rosa tratta al suo partito la Costituzione del Regno: *Minorum jura*, non potendosi quella estendere agli atti *di ultima*

C 5 volon-

(1) *Cit. L. a qua ætate.*
(2) *Fol.* 242.

volontà, perchè parla assolutamente *de' contratti*, non essendosi da verun Dottore estesa agli atti di ultima volontà, mentre questa è la prima volta, che si è intesa tale intrapresa nel nostro Foro, e così conchiude la sua Scrittura il Difensore di Lucido a carte 27. ad 28., con credere d'aver posto a giorno alla G. C., *canendo triumphum ante victoriam*, che la disposizione della legge *Cladius* non ha luogo a favore di Rosa, ma sebene a favore di Lucido, potendo adire *ex primo Testamento* l'eredità del detto Giovanni, secondo la sentenza di Paolo, contraria a quella di Papiniano.

A questo si risponde, come la Costituzione *minorum jura*, non è nè stranezza, nè stiracchiatura l'estenderla alle ultime volontà; nè perchè non si è intesa ancora nel nostro Foro una tale intrapresa, questo è ardire, o audacia il difenderlo; quante cose, che da uno non si son pensate, e poi da altri riflettute si sono, e meglio anche talora scritte. Le parole della Costituzione ci possono trarre da impaccio per la vera interpetrazione. L'Imperador Federico volle provvedere sì ai maschi, che alle donne in non essere ingannati, che: *Non dum etatis sue decimum octavum annum excesserint: quo completo, ipsos tam in contractibus, quam in judiciis, & in OMNIBUS perfecte etatis volumus reputari*. Federico colla particella *OMNIBUS*, che si avvalse nella Costituzione, comprese anche i Testamenti de' minori, e chi volesse contendere in contrario, resisterebbe alla lettera della Costituzione istessa, così in moltissime leggi vien disposto. *Particula Omnis est universalis, & nihil excludit*, si ha da espressi testi delle Pandette (1): ed il Gotofredo commentando la detta *L. Julianus num.* 16., scrisse così: *Omne qui dicit, nihil excipit*; ed il Barbosa la particella *Omnibus*, sostiene, che *comprehendit ea, que alias non comprehenderentur* (2).

Ed

(1) *Leg. Julianus, & L. testatorem in pr. ff. de leg.* III.
(2) *De dictionibus*.

Ed affinchè non si prendesse per strano il pensare di chi difende Rosa Cantalupo , fa uopo avvertire , come il Re Ladislao col suo Capitolo *Latislaus* prescrisse , che il Notajo Vassallo non potesse stipular scritture , o istromenti , *neque pro* , *neque contra Baronem* . Daj Dottori si entrò nel dubbio , se si poteva dal Notajo Vassallo stipulare *Testamento* , giacchè nel capitolo citato , del Testamento non si faceva menzione : Un tale dubbio fu deciso , che sotto nome d' *Istrumento* andava compreso anche il *Testamento* , come si dimostra coll' autorità di varie leggi rapportate dal Brissonio , che in *libris juris Civilis Testamentum scriptum quandoque dicitur Instrumentum , unde non esse ambingendum comprehendi Testamentum sub nomine instrumenti* , *quamquam ibi nulla mentia fiat Testamentorum* (1) . Ma se il contratto da Labeone vien definito ; *Ultro citroque obligatio* , e da Greci vengono appellati Synalagma , dipleora Συναλλαγμα Διπλευρα ; cioè quelli , che sono obbligatorj , *ex utroque latere* , perocchè la particella *dis* δισ in greco , in latino significa *duo* , seu *bis* . Li contratti poi Synalagma Monopleora Συναλλαγμα Μονοπλευρα sono quelli obbligatorj *ex una tantum parte* ; dappoicchè la particella *Monos* Μονοσ in greco , in latino linguaggio significa *unus* , *& solitarius* . Dunque il Testamento impropriamente parlando è un contratto *Monopleora* , e come tale viene compreso nella Costituzione *minorum jura* dell'Imperador Federico , maggiormente perchè Federico con quella Costitutione riguardò l'utile delle persone de' minori in non essere ingannati , che sarebbe Costituzione del genere di quelle , che dal Ulpiano chiamansi *Personales* (2) , onde come la Rosa è Erede legitima del Giovanni , deve la detta Costituzione alla medesima favorire , succedendo in tutti li dritti , e jussi del Giovanni minore istesso ; Questo si intenda detto ben' anche per esuberanza di ragione in difesa della Rosa medesima.

Es-

---

(1) *De verborum signif.*

(2) *In L. 1. t. 2. de Const. Princ.*

Essendosi di già terminata la risposta all' allegazione del Contraddittore del dì 30. Gennajo 1797. data in stampa, ci resta ora colla massima brevità esporre *tre* punti di ragioni suffragati dal dritto contro Lucido Cantalupo, a cui l' Avversario non vi ha mai pensato, dapoicchè da noi non suggeritoli, e coll' ultima istanza si ritrova per parte della Rosa il tutto dedotto, per la dimostrazione della nullità del cennato primo Testamento.

Li punti che si devono brevissimamente aver presenti ed esaminare dalla G. C. sono: Primo, che non essendovi un' obolo nell'Eredità del qu. Giovanni, per essersi tutta l'Eredità del medesimo distratta dal Lucido nullamente, non restando salva *la quarta Falcidia* al Lucido preteso Erede, che dovrebbe capere *ex Testamento*, il detto primo Testamento è *de jure nullo*. Secondo che come detto primo Testamento fu fatto in tempo, che il Lucido era Tutore, e Curatore, la legge irrita l' istituzione in persona di costui. Terzo che come il primo Testamento del Giovanni dipese *ex voluntate* del Lucido istesso, facendosi istituire erede ad oggetto di porre il suggello a quelle nulle alienazioni, come *Cattatoria* la suddetta istituzione vien riprovata dalla legge istessa. E finalmente, come nulle le alienazioni fatte dal Lucido, si devon da terzi Possessori rilascire a beneficio di Rosa tutti li beni Ereditarj del Giovanni istesso, *una cum fructibus, & una eademque sententia*.

Riguardo al primo punto non si dura molta fatiga in dimostrarsi, che nell' Eredità del qu. Giovanni niente vi sia, giacchè si è dimostrato, che parte di quella fu distrata, e alienata in tempo della minorennità del Giovanni istesso dal Lucido medesimo, come furon le Case vendute a Perrotta (1), e altre vendute dopo della di lui morte dal Lucido istesso, come il giardino venduto all' Arciprete Durazzo (2). Sicchè non essendovi niente nell'

(1) *Fol.* 108.
(2) *Fol.* 142.

nell' Eredità del Giovanni, il Lucido cosa adisce: *ex primo Testamento*! niente di certo?

E' noto per le leggi delle XII. Tavole, che potea il Cittadino Romano distrarre tutto il suo asse per via di legati: *Uti quisque rei suæ legassit ita jus esto* (1). E poicchè gli Eredi istituiti ripudiavano l'eredità *utilitate vacua*, a tale uopo fu emanata la *L. Furia* (detta con altro vocabolo *Testamentaria*) da un tale Cajo Furio Tribuno della Plebe, ove si stabilì di non potere il Testatore distrarre la sua Eredità per via di legati, se non nella somma di ducati mille: Tale Plebescito non fu sufficiente in frenare la prodigalità de' Morienti, perchè si dava il caso di non giungere l'Eredità a tale somma, e così l'Erede niente conseguiva. Si dovè emanar dunque la *L. Voconia da Quinto Voconio Saxa*, in tempo del Consolato di Cepione, e Filippo, come riferisce Tullio (2). Con tale legge si stabilì, che i legatarj non avessero potuto avere più dell'Erede istituito; Ma tal disposto neppure fu sufficiente a frenare l'inconvenienti, giacchè avveniva, che se il Testatore moltiplicava i legatarj, all'Erede istituito, poco, o nulla li rimanea.

Finalmente per ripararsi a tutti tali ravvisati inconvenienti, si emanò la *L. Falcidia* la quale stabilì, che il Testatore non avesse potuto legare *ultra Dodrantem*, cioè più delle *nove oncie*, affinchè restasse sempre salva la *quarta* all'Erede, quindi fu detta Falcidia da Publio Falcidio Tribuno della Plebe emanata ne' tempi di Augusto nel Consolato di M. Calvino, e Cajo Asinio Pollione, come attesta Dioncassio, Eusebbio, ed Isidoro presso l'Einneccio (3). Nè tale legge è da confondersi colla *L. Fusia Caninia*, come fece il Pancirolo, ed è ridicolo l'errore de Glossografi, che l'appellano *Falcidia e Fal-*

(1) *L. verbis legis ff. de V. S.*

(2) *Inorat. contra Verrem.*

(3) *Heinn. Antiq. Roman. ad tit. ad L. Falcid.*

re : Si vegga L' Einnetio (1). Tale legge fu da Giustiniano confermata , Giustiniano prescrisse, che all' erede deve esser salva *la quarta*, e l' erede la debba *capere ex Testamento* , altrimenti il Testamento è nullo : *In singulis haeredibus* (così Giustiniano) *ratione legis Falcidiae ponendam esse* (2) . Quindi il Vinnio in ordine a ciò conchiude così : *Quippe legem non simpliciter cavere , ut quarta pars haereditatis salva maneat , sed nominatim , ut haeredes quartam partem ex Testamento capiant* . Non avendo dunque il Lucido salva *la quarta ex primo Testamento* del Giovanni , e quella per dolo , e mala fede dello stesso Lucido , per aver distratte le robe dello stesso Testatore Giovanni , onde si vede manifestamente essere il primo Testamento del Giovanni medesimo nullo *de jure*, anche per altro principio di diritto, *ob Inventarium* a Lucido *praetenso herede instituto non confectum* (3) .

Una tale provvidenza fu savia , perchè con ciò si eseguiva il disposto de morienti , L'erede avea il suo utile , e i Creditori , e Legatarj eran soddisfatti : *Cum publice expedit* (così la legge) *suprema hominum judicia exitum habere* (4) .

II. Essendosi fatto il primo Testamento in tempo che il Lucido si asserì Tutore , e Curatore un' anno prima (benchè nullamente) voluto dato al Giovanni , per distrarre li beni del medesimo allora minore , tale Testamento è nullo : il celebre Paolo de Castro in un suo Consiglio (5) seguito da Peregrino , da Cancerio , e dal Cardinal de Luca , ebbe per nullo un consimile Testamento ; *Super Testamento Johannis Gassio* (così il Cancerio

(1) *Antiquit. Roman. lib. 2. tit. 20. §. 15. , & 18. in not. pag. 547. 549.*

(2) *L. 77. ff. ad L. Falcid. §. 1. Instit. ad L. Falcid.*

(3) *Auth. sed cum Testator C. ad L. Falcidiam.*

(4) *L. vel negare 5. ff. Testam. quemad. aper.*

(5) *Cons. 23.*

cerio) *aetatis quindecim annorum , quod erat in favorem Tutoris , quem valde astutum , & callidum erat , per doctrinam Castrensis conf.* 23. , *& Peregrini de jure Fisci fuit nullum declaratum* (1) . Anzi al Cardinal de Luca bastaron li semplici sospetti di seduzione , di dolo , e frode per l'annullazione di di una tale razza di Testamenti: *Ad istum autem effectum ponderabam* (son sue parole) , *ut desiderandae non sint plenae , & concludentes probationes doli veri , ac fraudis , vel seductionis positive , sed quod qualescumque suspicionis sufficerent , quae denotarent voluntatem , non omnino liberam , ac sinceram , ob malam praesumptionem militantem ratione metus saltem reverentialis , ac familiaritatis , cum quo inexperti Adolescentes induci solent ad faciendum totum id , quod ab eorum Curatoribus , vel Educatoribus suggeritur , quia est res mali exempli* (2) .

III. Non dubitandosi essersi detto primo Testamento fogiato per volontà del Lucido , come dipeso *ab alieno arbitrio* , perchè si fece esso lui istituire , le leggi , come *Cattatorie* annullano simili Istituzioni . Il gran Papiniano parlò delle Istituzioni *Cattatorie* in un singolar testo (3) , ove così caratterizò simili Testamenti . *Quando conditio* (son sue parole) *ad secretum alienae voluntatis confertur* . Il celebre Cornelio Vanbynkersoek ha trattato sinodalmente di simili cattatorie Istituzioni , ove dimostra coll' autorità sì de' Poeti , che de Giureconsulti , che la voce *Captare nil fere fit* , *quam quaerere* (le altrui eredità) *per insidias* (1) . Nè altrimenti operò il Lucido , perchè alienò prima , e dopo delle istituzioni fatte fare in sua persona di tutta la roba ereditaria del Giovanni , e come nel testo di Papiniano leggesi *Sacretum* , il detto Bynkersoek corresse *decretum* . Ma entrambi tali vocaboli confanno al caso presente , perchè

il

---

(1) *De Tutoribus lib.* 1. *var. cap.* 7. *num.* 150.
(2) *De Testam. disc.* 50. *n.* 4.
(3) *L.* 70. *ff. de haeredib. instituendis* .

il *secretum* vale per detto Lucido di aver fatto palese quello, che volle far segreto, il *decretum* vale, che quando la istituzione non è cattatoria, e non è dipesa *ab. alieno arbitrio* (come fu sopra descrittta dipesa dal Lucido) : La volontà del Testatore è da custodirsi come decreto, legge, o sentenza di Magistrato, come prescrisse lo stesso Giustiniano : *Disponat unusquisque super suis, & dignum est, & sit lex ejus voluntas* (2) ; E come tale la volle S. Paolo scrivendo agli Ebrei . *Ubi testamentum est mors necesse est intercedat Testatoris, testamentum enim. morte confirmatum est* (3).

E perciò da Modestino fu definito il Testamento : *Voluntatis nostrae juxta sententia*, perchè non dee pendere *ab alieno arbitrio*, *& voluntate* (4), come fu quello del Giovanni, che dipese dell' intutto dall' arbitrio di detto Lucido, e conseguentemente è nullo, e riprovato dalle Leggi.

Finalmente non si dura molta fatiga in esaminrrsi le alienazioni fatte dal Lucido delli beni tutti ereditarj del Testatore Giovanni esser *de jure* nulle : Si ravvisan esse dal porsi mente al Testamento del qu. Gerardo Cantalupo del 1769. ove menzionò li beni al detto Giovanni rimasti (5) : Si rilevan dall' Istrumento della vendita fatta dal Lucido nel 1770. delle Case a Giovanni Battista Perrotta per docati 80., quando il lor valore era di docati 200. e più, coll' asserto Carattere di Tutore, e Curatore, quando vi era il Testamentario, e senza che fossesi questo ultimo legitimamente scusato (6). Si rileva benanche dall'altra vendita fatta all' Arciprete Durazzo del giardino nel 1780. dopo adita l' eredità del detto Giovanni (7). E dall'altro istrumento della vendita delle Olive fatte a D. Rosario Forziati, che si ritro-

(1) *Tract. de Captatoriis Institutionibus*.
(2) *Nov. 19. Cap. 2.*
(3) *Cap. 9. ad Hebraeos*.
(4) *L. illa institutio ff. de haeredib. instituend.*
(5) *Fol. 4. a t., & fol. 241.*
(6) *Fol. 198.* (7) *Fol. 242.*

trova colla Rosa concordato (1). Tutte le suddette vendite furon dolosamente, e nullamente fatte, e nella massima mala fede del Lucido; perchè quelle seguite nella minore età del Giovanni, mancaron li solenni, nè vi fu urgenza di Creditori, nè vi eran debiti Paterni, le leggi le han per nulle: Le altre alienazioni, poicchè fatte anche nel dolo manifesto, sapendo il Lucido, che non potea succedere con veruno delli due fogiati Testamenti, nettampoco se ne dee tener conto, come costa dal giudizio di revindica compilato da Rosa Cantalupo, contro de terzi Possessori.

Quel Giureconsulto Paolo esaltato tanto dal Contradittore ha per nulli li contratti de Tutori in nome de pupilli, o minori fatti in mala fede: *Si bona fide res gesta sit, servanda est: Si mala* (che Cujacio spiega) *per sordes, qui gratiam alienatio non valet* (2).

Le leggi sotto al titolo del Codice (3) bastantemente annullano tali contratti. Richiedon esse: I. *ut subsit caussæ necessitas cujusmodi est æs alienum minoris, quod aliter dissolvi non potest, nisi distractis bonis* (4) II. *Ut Judex cognoscat, an justa subsit alienationis caussa probata, aut non* (5) III. *ut decretum Judicis solemniter sit interpositum, quo decernitur res alienari posse.* (6). E colui, che distrae le robe del minore senza dette solennità: *Nam qui contra legum interdicta mercatur, pretium amittit, & malæ fidei emptor est* (7). Nè avendone avuta di tali vendite alcuna utilità il minore Giovanni, nè si è provata dal Perforti cos alcuna su di ciò, nè

(1) *Fol.*

(2) *L. cum plures 12. §. de admin., & peric. Tutori Cujac. ad cit. leg. 12. Tom. 5. ædit. Neap. p. 581. tit. 6.*

(3) *De rebus minor. sine decr. non alien. vel distrah.*

(4) *L. 12. l. 5., & l. ult. cit. tit. Cod. ubi Perez.*

(5) *L. 6., & 11. cit. tit. Cod. ubi eodem Perez.*

(6) *Cit. L. 6. d. tit. Cod.*

(7) *L. 7. in fin. C. de agricol., & censit. lib. X. ubi eodem Perez.*

ne da altri terzi Possessori, si ha la vendita per nulla a tenore delle leggi, e come insegna Antonio Perez (1), ed il Mascardo (2) colla comune de' Dottori.

Per altre Leggi ancora è nulla l'alienazione de beni de Pupillo senza l'autorità del Tutore (3). Ma se Lucido non era Tutore, e il Tutore Testamentario non fu inteso, dunque nulle sono le alienazioni, perchè si dovean almeno proporre le legitime scuse del Testamentario, quali non vi furono, il contrario costando da una di lui fede, che intanto non si mischiò nell' amministrazione, perchè Andrea, e Lucido avean espilata l'eredità del Gerardo Cantalupo lor Padre (4).

Per legge del nostro Regno vi è la Sinodale decisione dell' Afflitto richiedersi copulativamente nel l'alienazione de'beni de' minori quattro requisiti *I. legitima auctoritas Tutoris*. II. *quod interveniat caussa necessaria, ut Pupillus strangulctur L. 1. C. de Prædiis Decurionum lib.* 10. III. *Judicis decretum* IV. *requiritur subhastatio, ut plus offerenti vendatur* (5): Ma se veruna cosa delle prescritte è intervenuta nelle alienazioni de beni del q. Giovanni Cantalupo fatto da Lucido: Dunque son nulle.

Siccome dunque si è dimostrata la ragione della Rosa, contro del Lucido chiara più del fitto meriggio, in restar rivocato il primo Testamento del Giovanni col secondo, dichiarato nullo, per l' adizione fattane dal Lucido istesso, con essersi dimostrata vera la sentenza di Papiniano in detta *L. Clodius Clodianus* contro Paolo per sentenza di tutti gli Interpreti, e cose giudicate; onde confermarsi la successione intestata a favore della Rosa; così ordinarsi ancora il rilascio de beni ereditarj del q. Giovanni contro de' terzi Possessori, *una cum fructibus e spese della lite*, comprese quelle *di Avvocato, e Procura-*

(1) *Ad cit. tit. Cod.*
(2) *De Probat.*
(3) *L. 9. pr. §. 1. de auctorit. Tutor., & §. 2. Instit. quib. alien. licet &c.*
(4) *Fol. 130. & fol. 263. & 223.*
(5) *Afflitt. decis. 249.*

curatore, pe 'l dolo malo, e mala fede usata sì dal Lucido, che da detti terzi Possessori, che sono andati; e van di concerto per tale causa contro detta Rosa: onde spera ella vincere la suddetta causa contro tutti, e proclamare con Tullio: *Vincat Dolobella non Oratoris sui Consilio, non Amicorum ope, sed Senatus virtute, atque auctoritate &c.* (1).

Manum de tabula.

Napoli 28. Marzo 1796.

Gerardo Mariosa.

(1) *In orat. ad Trebat.*